شرائع الإسلام

في مسائل الحلال والحرام

المحقق الحلي

أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن

٦٠٢هـ - ٦٧٦هـ

تحقيق

والإخراج وتعليق

عبد الحسين محمد علي

بكالوريوس في اللغة العربية وعلومها

ساعدت كلية الفقه على نشره

شرائع الإسلام

الطبعة المحققة الاولى

مطبعة الاداب في النجف الاشرف

١٣٨٩ هـ - ١٩٦٩ م

شرائع الإسلام

في مسائل الحلال والحرام

المحقق الحلي

أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن

٦٠٢ هـ - ٦٧٦ هـ

ق : ٣

تحقيق

واخراج وتعليق

عبد الحسين محمد علي

بكالوريوس في اللغة العربية والعلوم الاسلامية

القسم الثالث

في الإيقاعات

وهي

أحد عشر

كتاباً

كتاب الطلاق

والنظر في

الاركان

والاقسام

واللواحق

وأركانه : أربعة

كتاب الطلاق

والنظر

في

الأركان

والأقسام

واللواحق

النَّظَرُ الأَوَّل

وأركانه : أربعة

الرّكن الأوّل

المطلق

ويعتبر فيه شروط أربعة :

الاول : البلوغ

فلا إعتبار بعبارة الصبي قبل بلوغه عشراً . وفيمن بلغ عشراً عاقلاً وطلّق للسنة ، رواية بالجواز ، فيها ضعف . ولو طلق وليُّه لم يصح ، لاختصاص الطلاق بمالك البضع ، وتوقُّع زوال حجره غالباً . فلو بلغ فاسدَ العقل ، طلّق وليُه ، مع مراعاة الغبطة . ومنع منه قومٌ ، وهو بعيد.

الشرط الثاني : العقل

فلا يصح طلاق المجنون ، ولا السكران ، ولا من زال عقله بإغماء أو شُربٍ مُرقِد ، لعدم القصد .

ولا يطلّق الولي عن السكران ، لأن زوال عذره غالب ، فهو كالنائم . ويطلق عن المجنون . ولو لم يكن له ولي ، طلّق عنه السلطان أو من نصّبه ، للنظر في ذلك .

الشرط الثالث : الاختيار

فلا يصح طلاق المُكْرَه .

ولا يتحقق الإكراه ما لم يكمل أمور ثلاثة : كون المُكْرِه قادراً على فعل ما توعّد به ، وغلبة الظن بأنه يفعل ذلك مع امتناع المكره ، وأن يكون ما توعّد به مضراً بالمُكْرَه في خاصة نفسه ، أو من يجري مجرى نفسه ، كالأب والولد ، سواء كان ذلك الضرر قتلاً أو جرحاً أو شتماً أو ضرباً .

ويختلف بحسب منازل المكرَهين في منازل الإهانة . ولا يتحقق الإكراه مع الضرر اليسير .

الشرط الرابع : القصد

وهو شرط في الصحة ، مع اشتراط النطق بالصريح . فلو لم ينو الطلاق لم يقع ، كالساهي والنائم والغالط . ولو نسي أن له زوجة ، فقال نسائي طوالق ، أو زوجتي طالق ثم ذكر ، لم يقع به فُرقة .

ولو أوقع وقال : لم أقصد الطلاق ، قُبِل منه ظاهراً ، ودِينَ بنيّته باطناً ، وإن تأخّر تفسيره ، ما لم تخرج عن العدة ، لأنه إخبار عن نيّته .

ويجوز الوكالة في الطلاق للغائب إجماعاً ، وللحاضر على الاصح . ولو وكّلها في طلاق نفسها ، قال الشيخ : لا يصح ، والوجه الجواز .

تفريع : على الجواز

لو قال : طلّقي نفسك ثلاثاً فطلّقت واحدة ، قيل يبطل ، وقيل : يقع واحدة . وكذا لو قال : طلقي واحدة ، فطلقت ثلاثاً ، قيل : يبطل ، وقيل : يقع واحدة ، وهو أشبه .

الركن الثاني

في : المطلقة

وشروطها خمسة :

الأول : أن تكون زوجة

فلو طلّق الموطوءة بالملك ، لم يكن له حكم . وكذا لو طلق أجنبية وإن تزوجها . وكذا لو علّق الطلاق بالتزويج لم يصح ، سواء عيّن الزوجة ، كقوله : ان تزوجت فلانة فهي طالق ، أو أطلق كقوله : كل من أتزوجها .

الثاني : أن يكون العقد دائماً

فلا يقع الطلاق بالأمة المحلّلة ، ولا المستمتع بها ، ولو كانت حرة .

الثالث أن تكون طاهرة من الحيض والنفاس

ويعتبر هذا في المدخول بها ، الحائل (١) ، الحاضر زوجها ، لا الغائب عنها مدة يعلم انتقالها من القُرْء الذي وطأها فيه الى آخر . فلو طلقها وهما في بلد واحد ، أو غائباً دون المدة المعتبرة ، وكانت حائضاً أو نفساء ، كان الطلاق باطلاً ، علم بذلك أو لم يعلم .

أما لو انقضى من غيبته ، ما يعلم انتقالها فيه ، من طُهْرٍ الى آخر

(١) الروضة ٦ / ٢٥ : أي غير الحامل « الهامش » .

ثم طلق صحّ ، ولو اتفق في الحيض : وكـذا لو خرج في طهرٍ لم يقربها فيه ، جاز طلاقها مطلقاً . وكذا لو طلق التي لم يدخل بها ، وهي حائض ، كان جائزاً .

ومن فقهائنا من قدّر المدة ، التي يسوغ معها طلاق الغائب ، بشهرٍ عملاً برواية يعضدها الغالب في الحيض . ومنهم من قدرها بثلاثة أشهر ، عملاً برواية جميل ، عن أبي عبد الله عليه السلام . والمحصّل ما ذكرناه ، ولو زاد عن الأمد المذكور . ولو كان حاضراً ، وهو لا يصل اليها ، بحيث يعلم حيضها ، فهو بمنزلة الغائب .

الرابع : أن تكون مستبرئة

فلو طلقها في طهر واقعها فيه ، لم يقع طلاقه :

ويسقط إعتبار ذلك في اليائسة ، وفيمن لم تبلغ الحيض ، وفي الحامل والمستراية بشرط أن يمضي عليها ثلاثة أشهر لم تر دماً ، معتزلاً لها :

ولو طلق المستراية ، قبل مضي ثلاثة أشهر ، من حين المواقعة ، لم يقع الطلاق .

الخامس : تعيين المطلقة

وهو أن يقول : فلانة طالق ، أو يشير اليها بما يرفع الاحتمال :

فلو كان له واحدة ، فقال : زوجتي طالق ، صح لعدم الاحتمال . ولو كان له زوجتان أو زوجات ، فقال : زوجتي طالق ، فان نوى معينة صح ، ويقبل تفسيره . وإن لم ينو ، قيل : يبطل الطلاق لعدم التعيين وقيل : يصح وتستخرج بالقرعة ، وهو أشبه :

ولو قال : هذه طالق أو هذه ، قال الشيخ : يعين للطلاق من شاء

وربما قيل : بالبطلان ، لعدم التعيين .

ولو قال : هذه طالق ، أو هذه وهذه ، طلقت الثالثة ، ويعين من شاء من الأولى أو الثانية . ولو مات استخرجت واحدة بالقرعة : وربما قيل : بالاحتمال في الأولى والاخيرتين جميعاً ، فيكون له أن يعيّن للطلاق الاولى أو الاخيرتين معاً ، والإشكال في الكل ينشأ من عدم تعيين المطلقة.

ولو نظر الى زوجته وأجنبية ، فقال : إحداكما طالق ، ثم قال : أردت الأجنبية قُبِلَ .

ولو كان له زوجة وجارة ، كل منهما سعدى ، فقال : سعدى طالق ثم قال : أردت الجارة لم يقبل ، لان « احداكما » يصلح لهما ، وإيقاع الطلاق على الاسم يصرف الى الزوجة . وفي الفرق نظر .

ولو ظن أجنبيةً زوجته ، فقال : أنت طالق ، لم تطلق زوجته ، لانه قصد المخاطبة .

ولو كان له زوجتان : زينب وعمرة ، فقال : يازينب ، فقالت عمرة : لبيك ، فقال : أنت طالق ، طُلِّقَتْ المنويّة لا المُجيبة :

ولو قصد المجيبة ، ظناً أنها زينب ، قال الشيخ : تطلق زينب ، وفيه إشكال ، لانه وجّه الطلاق الى المجيبة لظنها زينب ، فلم تطلق المجيبة لعدم القصد ، ولا زينب لتوجه الخطاب إلى غيرها :

الركن الثالث

في : الصيغة

والأصل أن النكاح عصمةٌ مستفادةٌ من الشرع ، لا يقبل التقايل ، فيقف رفعها على موضع الإذن . فالصيغة المتلقّاة لازالة قيد النكاح : أنت طالق ، أو فلانة ، أو هذه ، وما شاكلها من الألفاظ الدالة على تعيين المطلقة (١) .

فلو قال : أنت الطلاق ، أو طلاق ، أو من المطلقات (٢) ، لم يكن شيئاً ، ولو نوى به الطلاق . وكذا لو قال : أنت مطلقة . وقال الشيخ رحمه الله : الأقوى انه يقع ، اذا نوى الطلاق ، وهو بعيد عن شبه الانشاء .

ولو قال : طلقت فلانة ، [فقال : نعم] (٣) . قال [الشيخ] (٤) : لا يقع وفيه إشكال ينشأ من وقوعه عند سؤاله : هل طلقت امرأتك ؟ فيقول : نعم .

ولا يقع الطلاق بالكناية (٥) ، ولا بغير العربية (٦) ، مع القدرة

---

(١) ش ٣ / ٢٠٧ / ه : مثل ان يقول باسمها .

(٢) ن : فانه إخبار لا إنشاء .

(٣) ، (٤) الزيادة وردت في الخطية فقط .

(٥) المسالك ٣ / ٩ : الكناية في الطلاق ، هي اللفظ المحتمل للطلاق وغيره ، كاطلقتك وانت خلية وبرية وباين ونحو ذلك ، ويقابله الصريح ، وهو ما لا يحتمل ظاهره غير الطلاق ، وهو عند العامة لفظ الطلاق والسراح والفراق وما اشتق منها .

(٦) المسالك ٣ / ٩ : لأن اللفظ العربي ، هو الوارد في القرآن ، والمتكرر في لسان أهل الشرع .

على التلفظ باللفظة المخصوصة ، ولا بالاشارة الا مع العجز عن النطق :

ويقع طلاق الاخرس بالاشارة الدالة . وفي رواية يُلقى عليها القناع فيكون ذلك طلاقاً ، وهي شاذة .

ولا يقع الطلاق بالكتابة من الحاضر ، وهو قادر على التلفظ . نعم ، لو عجز عن النطق ، فكتب ناوياً به الطلاق ، صح . وقيل : يقع بالكتابة إذا كان غائباً عن الزوجة ، وليس بمعتمد .

ولو قال : هذه خليّة ، أو برية ، أو حبلك على غاربك ، أو الحقي باهلك ، أو باين ، أو حرام ، أو بتة ، أو بتلة ، لم يكن شيئاً ، نوى الطلاق أو لم ينوه .

ولو قال : اعتدّي ، ونوى به الطلاق ، قيل : يصح ، وهي رواية الحلبي ومحمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام ، ومنعه كثير ، وهو الأشبه.

ولو خيّرها وقصد الطلاق ، فان اختارته أو سكتت ولو لحظة ، فلا حكم : وان اختارت نفسها في الحال ، قيل : يقع الفرقة بائنة ، وقيل : يقع رجعية ، وقيل : لا حكم له ، وعليه الاكثر . ولو قيل : هل طلقت فلانة ؟ فقال : نعم ، وقع الطلاق . ولو قيل : هل فارقت أو خليت أو أبنت ؟ فقال : نعم ، لم يكن شيئاً .

ويشترط في الصيغة ، تجريدها عن الشرط والصفة في قول مشهور ، لم أقف فيه على مخالف منا . ولو فسر الطلقة باثنتين أو ثلاث ، قيل : يبطل الطلاق ، وقيل : يقع واحدة ، بقوله : طالق ، ويلغى التفسير ، وهو أشهر الروايتين . ولو كان المطلق مخالفاً ، يعتقد الثلاث ، لَزِمَتْهُ .

ولو قال : أنت طالق للسُنّة صحّ ، إذا كانت طاهرةً . وكذا لو قال للبدعة . ولو قيل : لا يقع ، كان حسناً ، لأن البدّعي لا يقع عندنا والآخر غيرُ مراد .

تفريع

اذا قال : انت طالق في هذه الساعة ، إن كان الطلاق يقع بك ، قال الشيخ رحمه الله : لا يصح ، لتعليقه على الشرط ، وهو حق ان كان المطلق لا يعلم . أما لو كان يعلمها ، على الوصف الذي يقع معه الطلاق ينبغي القول بالصحة ، لأن ذلك ليس بشرط ، بـل اشبه بالوصف ، وان كان بلفظ الشرط .

ولو قال : أنت طالق أعدل طلاق ، أو أكمله ، أو أحسنه ، أو أقبحه ، أو أحسنه وأقبحه ، صحّ ، ولم تضر الضمائم . وكذا لو قال : ملاء مكة ، أو ملاء الدنيا .

ولو قال : لِرِضا فـلان ، فان عنى الشرط بَطُلَ ، وإن عنى الغرض لم يبطل . وكذا لو قال : إن دخلت الدار - بكسر الهمزة - لم يصح . ولو فتحها ، صح إن عرف الفرق فقَصَدَه .

ولو قال : أنا منك طالق لم يصح ، لأنه ليس محلاً للطلاق .

ولو قال : أنت طالق نصف طلقة ، أو ربع طلقة ، أو سدس طلقة لم يقع ، لانه لم يقصد الطلقة .

ولو قال : أنت طالق ، ثم قال : أردت أن أقول : أنت طاهر ، قُبِلَ منه ظاهراً ، ودين في الباطن بنيته .

ولو قال : يدك طالق ، أو رجلك طالق ، لم يقع . وكذا لو قال : رأسك أو صدرك أو وجهك . وكذا لو قال : ثلثك أو نصفك أو ثُلُثاك .

ولو قال : أنت طالق قبل طلقة ، أو بعدها ، أو قبلها ، أو معها لم يقع شيء ، سواء كانت مدخولاً بها أو لم تكن . ولو قيل : يقع طلقة واحدة ، بقوله : أنت طالق مع طلقة أو بعدها أو عليها ، ولا يقع لو

قال : قبلها طلقة أو بعد طلقة ، كان حسناً .

ولو قال : انت طالق نصفي طلقة ، أو ثلاثة أثلاث طلقـــة ، قال الشيخ رحمه الله : لا يقع . ولو قيل : يقع واحدة ، بقوله : أنت طالق وتُلغى الضمائم ، إذ ليست رافعةً للقصد ، كان حسناً . ولا كذا لو قال: نصف طلقتين .

فرع

قال الشيخ رحمه الله : إذا قال لأربع ، أوقعت بينكن أربع طلقات وقع لكل واحدة طلقة ، وفيه إشكال ، لأنه إطراح للصيغة المشترطة .

ولو قال : انت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً ، صحت واحـــدة إن نوى بالاول الطلاق ، وبطل الاستثناء .

ولو قال : أنت طالق غير طالق ، فان نوى الرجعة ، صح ، لأن انكار الطلاق رجعة . وان اراد النقض ، حكم بالطلقة .

ولو قال : طلقة الا طلقة ، لغي الاستثناء ، وحكم بالطلقة بقوله : طالق .

ولو قال : زينب طالق ، ثم قال : أردت عمرة ، وهما زوجتان ، قُبِلَ .

ولو قال : زينب طالق بل عمرة ، طلقتا جميعاً ، لان كل واحدة منهما مقصودة ، في وقت التلفظ باسمها ، وفيه إشكال ، ينشأ من إعتبار النطق بالصيغة .

الركن الرابع

الاشهاد

ولابد من حضور شاهدين ، يسمعان الإنشاء ، سواء قال : لهما إشهدا أو لم يقل .

وسماعهما التلفظ ، شرط في صحة الطلاق . حتى لو تجرد عن الشهادة ، لم يقع ، ولو كملت شروطه الأُخر .

وكذا لا يقع بشاهد واحد ولو كان عدلاً ، ولا بشهادة فاسقين (١) بل لابد من حضور شاهدين ظاهرهما العدالة . ومن فقهائنا من اقتصر على إعتبار الاسلام فيهما ، والاول أظهر .

ولو شهد أحدهما بالإنشاء ، ثم شهد الاخر به بانفراده ، لم يقع الطلاق (٢) . أما لو شهدا بالإقرار ، لم يشترط الاجتماع . ولو شهد أحدهما بالانشاء ، والآخر بالاقرار ، لم يقبل .

ولا تقبل شهادة النساء في الطلاق ، لا منفردات ، ولا منضمّات الى الرجال (٣) . ولو طلق ولم يُشْهِد ، ثم أشهد ، كان الاول لغواً ، ووقع حين الاشهاد ، إذا أُتي باللفظ المعتبر في الانشاء .

---

(١) ش ٣ / ٢٠٨ / هـ : لانتفاء الوصف .

(٢) ن ٣ / ٢٠٩ / هـ : المعتبر اشهادهما في السماع .

(٣) المسالك ٣ / ١٥ : لان شهادة النساء لا تقبل في الطلاق ، وإنما يعتبر شهادة عدلين ذكرين ، ويدل عليه أيضاً ، قوله تعالى : « واشهدوا ذوي عدل منكم » ، فانه يدل على اعتبار ذكوريتها ، لانه حقيقة فيه ، ودخول الاناث بالتبعية على خلاف الأصل « بتصرف » .

النَّظَرُ الثَّانِي

في : أقسام الطلاق

ولفظه

يقع على البدعة والسنة

الأوّل

في : البدعة

فالبدعة : طلاق الحائض بعد الدخول ، مع حضور الزوج معها ومع غيبته ، دون المدة المشترطة . وكذا النفساء . أو في طهر قَرَبها فيه . وطلاق الثلاث من غير رجعة بينها .

والكل عندنا باطل لا يقع معه طلاق .

الثاني

في : السنة

والسنة تنقسم أقساماً ثلاثة : بائن ، ورجعي ، وطلاق العدة

فالبائن :

ما لا يصح للزوج معه الرجعة ، وهو ستة : طلاق التي لم يدخل بها . واليائسة . ومن لم تبلغ المحيض . والمختلعة . والمبارأة ما لم ترجعا في البذل . والمطلقة ثلاثاً بينها رجعتان .

والرجعي :

هو الذي للمطلّق مراجعتها فيه ، سواء راجع أو لم يراجع .

وأما طلاق العدة :

فهو أن يطلق على الشرائط ، ثم يراجعها قبل خروجها من عدتها ويواقعها ، ثم يطلقها في طهر غير طهر المواقعة ، ثم يراجعها ويواقعها ، ثم يطلقها في طهر آخر ، فانها تحرم عليه حتى تنكح زوجاً غيره ، فان نكحت ثم حلّت ، ثم تزوّجها فاعتمد ما اعتمده أولاً ، حرمت في الثالثة حتى تنكح زوجاً غيره ، فان نكحت ثم حلّت فنكحها ، ثم فعل كالاول حرمت في التاسعة تحريماً مؤبداً . ولا يقع الطلاق للعدة ، ما لم يطأها بعد المراجعة . ولو طلّقها قبل المواقعة ، صح ، ولم يكن للعدة ( ) . وكل امرأة استكملت الطلاق ثلاثاً ، حرُمت ، حتى تنكح زوجاً غير المطلق ، سواء كانت مدخولاً بها أو لم تكن ، راجعها أو تركها .

مسائل ست :

« الاولى » : اذا طلقها فخرجت من العدة ، ثم نكحها مستأنفاً ، ثم طلقها وتركها حتى قضت العدة ، ثم استأنف نكاحها ، ثم طلقها ثالثةً حرُمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره . فاذا فارقها ، واعتدت ، جاز له مراجعتها ، ولا تحرم هذه في التاسعة ، ولا يهدم استيفاء عدتها تحريمها في الثالثة .

« الثانية » : اذا طلق الحامل وراجعها ، جاز له أن يطأها ، ويطلقها في الثانية للعدة إجماعاً ، وقيل : لا يجوز للسُنّة ، والجواز أشبه .

---

(١) أي لم يكن طلاق العدة ، أي لم يحرم في التاسعة تحريماً مؤبداً ، لان شرط طلاق العدة ، المواقعة بعد الرجعة ولم يحصل ، فيكون طلاق سنة بالمعنى الاعم « جمعاً بين المسالك ٣ / ١٦ ، وهامش الشرائع ٣ / ٢٠٩ » .

« الثالثة » : اذا طلق الحائل ، ثم راجعها ، فان واقعها وطلقها في طهر آخر ، صح إجماعاً . وان طلقها في طهر آخر ، من غير مواقعة ، فيه روايتان احداهما لا يقع الثاني أصلاً ، والاخرى يقع وهو الأصح . ثم لو راجع وطلقها ثالثاً ، في طهرٍ آخر ، حرمت عليه . ومن فقهائنا من حمل الجواز ، على طلاق السنة ، والمنـــع على طلاق العدة ، وهو تحكم . وكذا لو أوقع الطلاق ، بعد المراجعة وقبل المواقعة في الطهر الاول ، فيه روايتان أيضاً ، لكن هنا الاولى تفريق الطلقات على الأطهار (١) ، إن لم يقع وطء . أما لو وطئ لم يجز الطلاق ، إلا في طهر ثان ، إذا كانت المطلقة ممن يشترط فيها الاستبراء .

« الرابعة » : لو شك المطلق في ايقاع الطلاق ، لم يلزمه الطلاق لرفع الشك ، وكان النكاح باقياً .

« الخامسة » : اذا طلق غائباً ، ثم حضر ودخل بالزوجة ، ثم ادعى الطلاق ، لم يقبل دعواه ولا بينته ، تنزيلاً لتصرف المسلم على المشروع فكأنه مكذب لبينته . ولو كان أَوْلَدَ ، لحق به الولد .

« السادسة » : اذا طلق الغائب ، وأراد العقد على رابعة ، أو على أخت الزوجة ، صبر تسعة أشهر ، لاحتمال كونها حاملاً ، وربما قيل : سنة إحتياطاً ، نظراً الى حمل المستريبة . ولو كان يعلم خلوّهـــا من الحمل ، كفاه ثلاثة اقراء أو ثلاثة أشهر .

---

(١) الروضة ٦ / ٤١ : بأن يوقع كل طلقة ، في طهر غير طهر الطلقة السابقة ، لمن أراد أن يطلق ويراجع أزيد من مرة .

النَّظَرُ الثَّالِث

في : اللواحق

وفيه

مقاصد

الأوّل

في : طلاق المريض

يكره : للمريض أن يطلق ، ولو طلق صحّ . وهو يرث زوجته ، ما دامت في العدة الرجعية . ولا يرثها في البائن ، ولا بعد العدة : وترثه هي ، سواء كان طلاقها بائناً أو رجعياً ، ما بين الطلاق وبين سنة ، ما لم تتزوج أو يبرأ من مرضه الذي طلقها فيه :

فلو برءَ ، ثم مرض ، ثم مات ، لم ترثه الا في العدة الرجعية :

ولو قال : طلقت في الصحة ثلاثاً ، قُبِلَ منه ، ولم ترثه ؛ والوجه انه لا يقبل بالنسبة اليها .

ولو قذفها وهو مريض ، فلاعنها وبانت باللعان ، لم ترثه لاختصاص الحكم بالطلاق . وهل التوريث لمكان التهمة ؟ قيل : نعم ، والوجه تعلق الحكم بالطلاق في المرض ، لا باعتبار التهمة ، وفي ثبوت الارث مع سؤالها الطلاق تردد ، أشبهه انه لا ارث . وكذا لو خالعته أو بارأته .

فروع

« الاول » : لو طلق الأمة مريضاً ، طلاقاً رجعياً ، فاعتقت في العدة ، ومات في مرضه ، ورثته في العدة ولم ترثه بعدها ، لانتفاء التهمة وقت الطلاق ، ولو قيل : ترثه كان حسناً . ولو طلقها بائناً فكذلك وقيل : لا ترثه ، لانه طلقها في حال لم يكن لها اهلية الارث : وكذا لو طلقها كتابية ثم اسلمت :

« الثاني » : اذا ادعت المطلقة ، أن الميت طلقها في المرض ، وانكر الوارث ، وزعم أن الطلاق في الصحة ، فالقول قوله لتساوي الاحتمالين ، وكون الاصل عدم الارث ، الا مع تحقق السبب .

« الثالث » : لو طلق أربعاً في مرضه ، وتزوج أربعاً ودخل بهن ، ثم مات فيه ، كان الربع بينهن بالسوية . ولو كان له ولد تساوين في الثُمن .

المقصد الثاني

في : ما يزول به تحريم الثلاث

اذا وقعت الثلاث على الوجه المشترط ، حرمت المطلقة ، حتى تنكح زوجاً غير المطلق :

ويعتبر في زوال التحريم شروط أربعة : أن يكون الزوج بالغاً ، وفي المراهق تردد ، أشبهه أنه لا يحلّل . وأن يطأها في القبل وطئاً موجباً للغسل . وأن يكون ذلك بالعقد لا بالملك ولا بالاباحة . وأن يكون العقد دائماً لا متعة .

ومع استكمال الشرائط يزول تحريم الثلاث . وهل يهدم ما دون الثلاث؟ فيه روايتان ، أشهرهما أنه يهدم :

فلو طلق مرة ، وتزوجت المطلقة ، ثم تزوج بها الاول ، بقيت معه على ثلاث مستأنفات ، وبطل حكم السابقة .

ولو طلق الذمية ثلاثاً ، فتزوجت بعد العدة ذمياً ، ثم بانت منه وأسلمت ، حلّ للأول نكاحها بعقد مستأنف . وكذا كل مشرك .

والامة اذا طلقت مرتين ، حرُمت حتى تنكح زوجاً غيره ، سواء

كانت تحت حر أو عبد ولا تحل للأول بوطء المولى . وكذا لا تحل ، لو ملكها المطلق ، لسبق التحريم على الملك .

ولو طلقها مرة ، ثم أعتقت ، ثم تزوجها أو راجعها ، بقيت معه على واحدة ، استصحاباً للحال الاولى . فلو طلقها أخرى ، حرمت عليه حتى يحللها زوج .

والخصي : يحلل المطلقة ثلاثاً اذا وطأ ، وحصلت فيه الشرائط ، وفي رواية لا يحلل . ولو وطأ الفحل قبلاً فأكسل ، حلت للاول لتحقق اللذة منهما . ولو تزوجها المحلل ، فارتد ، فوطأها في الردة ، لم يحل ، لانفساخ عقده بالردة .

فروع

« الاول » : لو انقضت مدة ، فادعت أنها تزوجت ، وفارقها وقضت العدة ، وكان ذلك ممكناً في تلك المدة ، قيل : يُقبل لان في جملة ذلك ، مالايعلم إلامنها ، كالوطء ، وفي رواية اذا كانت ثقة ، صُدِّقت .

« الثاني » : اذا دخل المحلِّل ، فادعت الاصابة ، فان صدقها ، حلت للاول . وان كذبها ، قيل : يعمل الاول ، بما يغلب على ظنه من صدقها ، أو صدق المحلل . ولو قيل : يعمل بقولها على كل حال ، كان حسناً ، لتعذر إقامة البينة لما تدعيه .

« الثالث » : لو وطأها مُحْرِماً ، كالوطء في الاحرام ، أو في الصوم الواجب ، قيل : لا يحل ، لانه منهي عنه ، فلم يكن مراداً للشارع وقيل : يحل لتحقق النكاح المستند الى العقد الصحيح .

المقصد الثالث

في : الرجعة (١)

تصح المراجعة نطقاً ، كقوله : راجعتك ، وفعلاً كالوطء . ولو قبّل أو لامَسَ بشهوة ، كان ذلك رجعة ، ولم يفتقر استباحته الى تقدم الرجعة ، لانها زوجته .

ولو انكر الطلاق ، كان ذلك رجعة ، لانه يتضمن التمسك بالزوجية.

ولا يجب الاشهاد في الرجعة بل يستحب .

ولو قال : راجعتك اذا شئتِ أو إن شئت ، لم يقع ، ولو قالت : شئت ، وفيه تردد .

ولو طلقها رجعية ، فارتدت فراجع ، لم يصح كما لم يصح ابتداء الزوجية ، وفيه تردد ، ينشأ من كون الرجعية زوجة .

ولو أسلمت بعد ذلك ، استأنف الرجعة إن شاء .

ولو كان عنده ذمية ، فطلقها رجعياً ، ثم راجعها في العدة ، قيل : لا يجوز ، لأن الرجعة كالعقد المستأنف ، والوجه الجواز ، لأنها لم تخرج عن زوجيته ، فهي كالمستدامة .

ولو طلق وراجع ، فانكرت الدخول بها أولا ، وزعمت أنه لا عدة عليها ولا رجعة ، وادعى هو الدخول ، كان القول قولها مع يمينها ، لانها تدّعي الظاهر .

ورجعة الاخرس بالاشارة الدالة على المراجعة ، وقيل : بأخذ القناع عن رأسها ، وهو شاذ .

---

(١) المسالك ٣ / ٢٣ : الرجعة تصح بالقول اجماعاً ، أو بالفعل عندنا وعند بعض العامة .

واذا ادعت انقضاء العدة بالحيض ، في زمان محتمل ، فأنكر ، فالقول قولها مع يمينها : ولو ادعت انقضاءها بالاشهر لم يقبل ، وكان القول قول الزوج ، لانه إختلاف في زمان ايقاع الطلاق . وكـذا لو ادعى الزوج الانقضاء ، فالقول قولها ، لان الاصل بقاء الزوجية أولاً :

ولو كانت حاملاً ، فادعت الوضع قُبِل قولهـا ، ولم تكلّف إحضار الولد :

ولو ادعت الحمل ، فأنكر الزوج ، وأحضرت ولداً ، فأنكر ولادتها له ، فالقول : قوله ، لإمكان اقامة البينة بالولادة :

واذا ادعت انقضاء العدة ، فادعى الرجعة قبل ذلك ، فالقول قول المرأة :

ولو راجعها ، فادّعت بعد الرجعة ، إنقضاء العـدة قبل الرجعة ، فالقول قول الزوج ، اذ الاصل صحة الرجعة :

ولو ادعى أنه راجع زوجته الأمة في العدة ، فصدقته ، فأنكر المولى وادعى خروجها قبل الرجعة ، فالقول قول الزوج : وقيل : لا يكلف اليمين ، لتعلق حق النكاح بالزوجين ، وفيه تردد :

المقصد الرابع

في : جواز استعمال الحيل

يجوز التوصّل بالحيل المباحة ، دون المحرمة ، في إسقاط ما لو لا الحيلة ، لثبت . ولو توصل بالمحرمة أثِمَ ، وتمت الحيلة :

فلو ان امرأته ، حملت ولدَها على الزنى بامرأة ، لتمنع اباه من العقد عليها ، أو بأمة يريد ان يتسرّى بها ، فقد فعلت حراماً ، وحرُمت الموطوءة

على قول : من ينشر الحرمة بالزنى .

اما لو توصل بالمحلِّل ، كما سبق الولد الى العقد عليها ، في صورة الفرض له ، يأثَم .

ولو ادعى عليه دين ، قد برءَ منه باسقاط أو تسليم ، فخشي من دعوى الإسقاط ، أن ينقلب اليمين على المدعي ، لعـدم البينة ، فأنكر الاستدانة وحلف ، جاز بشرط أن يوري ما يخرجه عن الكذب . وكذا لو خشي الحبس ، بدين يُدعى عليه فأنكره .

والنية ابداء نية المدعي اذا كان محقاً ، ونية الحالف اذا كان مظلوماً في الدعوى (١) .

ولو اكرهه على اليمين ، انه لا يفعل شيئاً محلَّلاً ، فحلف ونوى ما يخرج به عن الحنث جاز ، مثل ان يوري أنـه لا يفعله بالشام ، أو بخراسان ، أو في السماء ، أو تحت الأرض .

ولو اُجبر على الطلاق كُرهاً ، فقال : زوجتي طالق ، ونوى طلاقاً سالفاً ، أو قال : نسائي طوالق ، وعَنَى نساء الاقارب جاز .

ولو اكره على اليمين أنه لم يفعل ، فقال : ما فعلت كذا ، وجعل ما موصولة لا نافية ، صحَّ .

ولو اضطر إلى الاجابة بنعم ، فقال : نعم ، وعَنَى الابل ، أو قال : نعام وعنى نعام البر ، قصداً للتخلص ، لم يأثم .

---

(١) المسالك ٣ / ٢٦ : يعني أن المدعي ، اذا كان محقاً فانكر المدعى عليه ، فحلف موريا بما يخرجه عن الكذب ، لم ينفعه ذلك ، بل وقعت اليمين على طبق ما يريده المدعى ، وترتب على المنكر الوعيد الذي ورد ، فيمن حلف بالله كاذباً ، بخلاف ما اذا كان مظلوماً كالمثالين السابقين ، فان التورية تصرف اللفظ عن ظاهره ، وترفع عنه الاثم والكذب . . .

وكذا لو حلف ما أخذ جملاً ولا ثوراً ولا عنزاً ، وعنى بالجمل السحاب ، وبالثور القطعة الكبيرة من الأقط ، وبالعنز الأكمة ، لم يحنث.

ولو اتهم غيره في فعلٍ (١) ، فحلف لَيُصَدِّقَنَّه ، فطريق التخلص أن يقول : فعلتُ ما فعلت ، فأحدهما صِدْق .

ولو حلف ليخبرنه بما في الرمانة من حبة ، فالمَخْرج ان يعدّ العدد الممكن فيها ، فذلك وأمثاله سائغ :

المقصد الخامس

في : العدد

والنظر في ذلك يستدعي فصولا :

الأوّل

• في عدة من لم يدخل بها •

لا عدة على من لم يدخل بها ، سواء بانت بطلاق أو فسخ ، عدا المتوفى عنها زوجها ، فان العدة تجب مع الوفاة ، ولو لم يدخل .

والدخول يتحقق بايلاج الحشفة ، وإن لم ينزل ، ولو كان مقطوع الانثيين ، لتحقق الدخول بالوطء .

---

(١) المسالك ٣ / ٢٦ : المراد ان المتهم بالفعل ، حلف انه يصدق من اتهمه به في ذلك ، ويبقى الامر بينهما . . .

أما لو كان مقطوع الذكر ، سليم الانثيين ، قيل : تجب العدة ، لإمكان الحمل بالمساحقة ، وفيه تردد ، لان العدة تترتب على الوطء .

نعم ، لو ظهر حمل ، اعتدت منه بوضعه ، لإمكان الإنزال .

ولا يجب العدة بالخلوة ، منفردة عن الوطء ، على الاشهر .

ولو خلا ، ثم اختلفا في الإصابة ، فالقول قوله مع يمينه .

الفصل الثاني

في : ذات الاقراء

وهي مستقيمة الحيض (١) ، وهذه تعتد بثلاثة أقراء ، وهي الأطهار على أشهر الروايتين ، اذا كانت حرة ، سواء كانت تحت حر أو عبد .

ولو طلقها وحاضت بعد الطلاق بلحظة ، احتسبت تلك اللحظة قرءاً ثم اكملت قرءين آخرين ، فان رأت الدم الثالث ، فقد قضت العدة . هذا ان كانت عادتها مستقرة بالزمان ، فان اختلفت ، صبرت الى انقضاء أقل الحيض ، أخذاً بالإحتياط .

وأقل زمان تنقضي به العدة ، ستة وعشرون يوماً ولحظتان ، ولكن الاخيرة ليست من العدة ، وإنما هي دلالة على الخروج منها ، وقال الشيخ رحمه الله : هي من العدة ، لأن الحكم بانقضاء العدة موقوف على تحققها والاول أحق .

ولو طلقها في الحيض ، لم يقع .

ولو وقع في الطهر ، ثم حاضت مع انتهاء التلفظ ، بحيث لم يحصل

(١) الروضة ٦ / ٥٨ : بأن يكون لها فيه عادة مضبوطة وقتاً ، سواء انضبط عدداً أم لا .

زمان يتخلل الطلاق والحيض ، صحّ الطلاق ، لوقوعه في الطهر المعتبر . ولم يعتد بذلك الطهر ، لانه لم يتعقب الطلاق ، ويفتقر الى ثلاثة أقراء مستأنفة بعد الحيض .

فرع

لو اختلفا ، فقالت : كان قد بقي من الطهر جزءٌ بعد الطلاق (١) وأنكر ، فالقول قولها ، لأنها أبصر بذلك ، والمرجع في الحيض والطهر اليها ،

الفصل الثالث

في : ذات الشهور

وهي التي لا تحيض ، وهي في سن من تحيض . تعتد من الطلاق والفسخ - مع الدخول - بثلاثة أشهر ، إذا كانت حرة :

وفي اليائسة والتي لم تبلغ روايتان ، إحداهما إنهما تعتدان بثلاثة أشهر والاخرى لا عدّة عليهما ، وهي الاشهر :

وحد اليأس : أن تبلغ خمسين سنة : وقيل : في القرشية والنبطية ستين سنة :

ولو كان مثلها تحيض ، اعتدت بثلاثة أشهر إجماعاً ، وهذه تراعي الشهور والحيض (٢) ، فان سبقت الأطهار ، فقد خرجت من العدة ،

---

(١) المسالك ٢ / ٢٩ : إذا ادعت بقاء جزء من الطهر بعد الطلاق ، فقد ادعت قصر العدة وإنكاره لذلك ، طلباً لطولها ليرجع فيها ، والمذهب ان القول قولها في ذلك ...

(٢) ن ٢ / ٣٠ : المراد ان مع سبق الاشهر بغير حيض أصلا ، تعتد بالاشهر ومع مضي ثلاثة اطهار قبل مضي ثلاثة اشهر خالية من الحيض ، تعتد بالاطهار . . .

وكذا ان سبقت الشهور .

أما لو رأت في الثالث حيضاً ، وتأخرت الثانية أو الثالثة ، صبرت تسعة اشهر ، لاحتمال الحمل ، ثم اعتدت بعد ذلك بثلاثة أشهر ، وهي أطول عدة : وفي رواية عمار تصبر سنة ، ثم تعتد بثلاثة اشهر : ونزلها الشيخ في النهاية : على احتباس الدم الثالث ، وهو تحكم :

ولو رأت الدم مرة ، ثم بلغت اليأس ، أكملت العدة بشهرين .

ولو استمر بالمعتدة الدم مشتبهاً ، رجعت الى عادتها في زمان الاستقامة واعتدت به :

ولو لم تكن لها عادة ، اعتبرت صفة الدم ، واعتدت بثلاثة أقراء :

ولو اشتبه ، رجعت الى عادة امثالها ، ولو اختلفن ، اعتدت بالاشهر :

ولو كانت لا تحيض ، إلا في ستة أشهر ، أو خمسة أشهر ، اعتدت بالاشهر :

ومتى طلقت في أول الهلال ، اعتدت بثلاثة أشهر أهِلَّة : ولو طلقت في اثنائه ، اعتدت بهلالين ، وأخذت من الثالث بقدر الفائت من الشهر الاول ، وقيل : تكمل ثلاثين ، وهو أشبه :

تفريع

لو ارتابت بالحمل (١) ، بعد انقضاء العدة والنكاح ، لم يبطل :

وكذا لو حدثت الريبة بالحمل ، بعد العدة وقبل النكاح :

واما لو ارتابت به ، قبل انقضاء العدة ، لم تنكح ، ولو انقضت العدة . ولو قيل بالجواز ، ما لم يتيقن الحمل ، كان حسناً ، وعلى التقديرات لو ظهر حمل ، بطل النكاح الثاني ، لتحقق وقوعه في العدة :

---

(١) المسالك ٣ / ٣٢ : الارتياب بالحمل ، يحصل بوجود علامة تفيد الظن به ، كثقل وحركة وغيرهما . .

الفصل الرابع

في : الحامل

وهي تعتد في الطلاق بوضعه ، ولو بعد الطلاق بلا فصل ، سواء كان تاماً أو غير تام . ولو كان علقة ، بعد أن يتحقق انه حمل ، ولا عبرة بما يشك فيه .

ولو طلقت فادعت الحمل ، صبر عليها أقصى الحمل ، وهي تسعة أشهر ، ثم لا يقبل دعواها ، وفي رواية سنة وليست مشهورة .

ولو كان حملها اثنين ، بانت بالأول ، ولم تنكح الا بعد وضع الاخير . والاشبه انها لا تبين الا بوضع الجميع .

ولو طلق الحائل طلاقاً رجعياً ، ثم مات في العدة ، استأنفت عدة الوفاة ؛ ولو كان بائناً ، اقتصر على اتمام عدة الطلاق .

فروع

الاول : لو حملت من زنى ، ثم طلقها الزوج ، اعتدت بالاشهر لا بالوضع ؛ ولو وُطِئَت بشبهة ، ولحق الولد بالواطئ لبعد الزوج عنها ، ثم طلقها الزوج ، اعتدت بالوضع من الواطئ (١) ، ثم استأنفت عدة الطلاق بعد الوضع .

الثاني : اذا اتفق الزوجان في زمان الطلاق ، واختلفا في زمان الوضع كان القول قولها ، لانه اختلاف في الولادة ، وهي فعلها . ولو اتفقا

---

(١) المسالك ٣ / ٣٤ : لان عدة الحمل لا تقبل التأخير .

في زمان الوضع ، واختلفا في زمان الطلاق ، فالقول قوله ، لانه اختلاف في فعله ، وفي المسألتين إشكال ، لان الاصل عدم الطلاق وعدم الوضع ، فالقول قول من ينكرهما .

الثالث : لو أقرت بانقضاء العدة ، ثم جاءت بولد ، لستة أشهر فصاعداً منذ طلقها ، قيل : لا يلحق به ، والاشبه الحـاقه ، ما لم يتجاوز أقصى الحمل .

الفصل الخامس

في : عدة الوفاة

تعتد الحرة المنكوحة بالعقد الصحيح ، أربعـة أشهر وعشراً ، اذا كانت حائلاً ، صغيرة كانت أو كبيرة ، بالغاً كان زوجها أو لم يكن ، دخل بها أو لم يدخل .

وتبين بغروب الشمس من اليوم العاشر ، لأنه نهاية اليوم .

ولو كانت حاملاً ، اعتدت بأبعد الاجلين . فلو وضعت قبل استكمال الاربعة اشهر وعشرة أيام ، صبرت الى انقضائها .

ويلزم المتوفى عنها زوجها الحِداد ، وهو ترك ما فيه زينة من الثياب والأدهان ، المقصود بهما الزينة والطيب ، ولا بأس بالثوب الاسود والأزرق لبعده عن شبهة الزينة .

وتستوي في ذلك الصغيرة والكبيرة ، والمسلمة والذمية ، وفي الامة تردد ، أظهره لاحِداد عليها .

ولا يلزم الحداد المطلقة ، بائنة كانت أو رجعية .

ولو وُطِئَتْ المرأة بعقد الشبهة ، ثم مات ، اعتدت عدة الطلاق حائلاً كانت أو حاملاً ، وكان الحكم للوطء لا للعقد ، إذ ليست زوجة .

تفريع

لو كان له اكثر من زوجة ، فطلّق واحدة لا بعينها ، فان قلنا :

التعيين شرط فلا طلاق ، وان لم نشترطه ومات قبل التعيين ، فعلى كل واحدة الإعتداد بعدة الوفاة ، تغليباً لجانب الاحتياط ، دخل بهن أو لم يدخل :

ولو كنّ حوامل ، اعتددن بأبعد الاجلين وكذا لو طلق احداهن بائناً ، ومات قبل التعيين ، فعلى كل واحدة الإعتداد بعدّة الوفاة :

ولو عين قبل الموت ، انصرف الى المعينة ، وتعتد من حين الطلاق لا من حين الوفاة :

ولو كان رجعياً ، اعتدت عدة الوفاة ، من حين الوفاة .

والمفقود إن عُرِفَ خبره ، أو أنفق على زوجته وليه ، فلا خيار لها :

ولو جُهِلَ خبره ، ولم يكن من ينفق عليها ، فان صبرت فلا بحث وإن رفعت أمرها الى الحاكم ، أجّلها أربع سنين ، وفحص عنه . فان عرف خبره صبرت ، وعلى الامام ان ينفق عليها ، من بيت المال . وإن لم يعرف خبره ، أمرها بالإعتداد عدة الوفاة ، ثم تحلّ للازواج :

فلو جاء زوجها ، وقد خرجت من العدة ونكحت ، فلا سبيل له عليها (١) . وإن جاء وهي في العدة ، فهو أملك بها (٢) . وإن خرجت من العدة ولم تتزوج ، فيه روايتان ، أشهرهما انه لا سبيل له عليها :

---

(١) المسالك ٣ / ٣٧ : إجماعاً ، للحكم شرعاً ببينونتها منه .

(٢) ن : لان الحكم باعتدادها ، كان مبنياً على الظاهر ، وقد تبين خلافه .

فروع

الاول : لو نكحت بعد العدة ، ثم بانَ موت الزوج ، كان العقد الثاني صحيحاً ولا عدة ، سواء كان موته قبل العدة أو معها أو بعدها ، لأن العقد الاول سقط اعتباره في نظر الشرع ، فلا حكم لموته كما لا حكم لحياته .

الثاني : لا نفقة على الغائب في زمان العدة ، ولو حضر قبل انقضائها ، نظراً الى حكم الحاكم بالفُرقة ، وفيه تردد .

الثالث : لو طلقها الزوج أو ظاهرَها ، وانفق في زمان العدة ، صحّ ، لأن العصمة باقية . ولو اتفق بعد العدة ،لم يقع، لإنقطاع العصمة.

الرابع : اذا أتت بولد ، بعد مضي ستة أشهر من دخول الثاني ، لحق به ولو ادعاه الاول ، وذكر أنه وطأها سراً ، لم يلتفت الى دعواه .

وقال الشيخ : يُقرع بينهما وهو بعيد .

الخامس : لا يرثها الزوج ، لو ماتت بعد العدة . وكذا لا ترثه (١) ، والتردد لو مات أحدهما في العدة ، والأشبه الإرث .

الفصل السادس

في : عدة الاماء والاستبراء

عُدّة الأمة في الطلاق مع الدخول قِران ، وهما طُهران (٢) ،

(١) ش ٣ / ٢١٥ / ه : بناء على انتفاء سبيله عنها .

(٢) المسالك ٣ / ٣٩ : عدة الامة على النصف من عدة الحرة ، « بتصرف » .

وقيل : حيضتان ، والأول أشهر :

وأقل زمان تنقضي به عدتها ، ثلاثة عشر يوماً ولحظتان ، والبحث في اللحظة الثانية كما في الحرة .

وان كانت لا تحيض ، وهي في سن من تحيض ، اعتـدت بشهر ونصف ، سواء كانت تحت حر أو عبد .

ولو أعتقت ، ثم طلقت ، فعدتها عدة الحرة . وكذا لو طلقت طلاقاً رجعياً ، ثم أعتقت في العدة ، أكملت عدة الحرة . ولو كانت بائنـاً ، أتمت عدة الأمة :

وعدة الذمية ، كالحرة في الطلاق والوفاة . وفي رواية تعتد عدة الأمة وهي شاذة :

وعدة الامة من الوفاة ، شهران وخمسة أيام : ولو كانت حاملاً ، اعتدت بأبعد الاجلين .

ولو كانت أم ولد لمولاها ، كانت عدتها أربعة أشهر وعشراً . ولو طلقها الزوج رجعية ، ثم مات وهي في العدة ، استأنفت عدة الحرة : ولو لم تكن أم ولد ، استأنفت للوفاة عدة الامة . ولو كان الطلاق بائناً ، أتمت عدة الطلاق حسب :

ولو مات زوج الامة ، ثم أعتقت ، أتمت عدة الحرة ، تغليباً لجانب الحرية : ولو كان المولى وطأها ، ثم دبَّرها ، اعتدت بعـد وفاته بأربعة أشهر وعشرة أيام : ولو أعتقها في حياته ، اعتدت بثلاثة أقراء :

وكل من يجب استبراؤها ، اذا مُلِكت بالبيع ، يجب استبراؤها لو ملكت بغيره : من استغنام أو صلح أو ميراث أو غير ذلك . ومن يسقط استبراؤها هناك ، يسقط في الاقسام الاخر : ولو كان للانسان زوجـة فابتاعها ، بطل نكاحه ، وحل وطؤها من غير استبراء .

ولو ابتاع المملوك أمة واستبرأها ، كفى ذلك في حق المولى ، لو أراد وطأها . واذا كاتَبَ الانسان أمته ، حرم عليه وطؤها (١) . فان انفسخت الكتابة ، حلت ولا يجب الاستبراء . وكذا لو ارتد المولى أو المملوكة ، ثم عاد المرتد ، لم يجب الاستبراء .

ولو طُلِّقت الأمة بعد الدخول ، لم يجز للمولى الوطء ، إلا بعد الإعتداد (٢) : وتكفي العدة عن الاستبراء :

ولو ابتاع حربية فاستبرأها ، فأسلمت ، لم يجب استبراء ثان : وكذا لو إبتاعها واستبرأها ، مُحْرِماً بالحج ، كفى ذلك في استحلال وطئها اذا أحلّ :

الفصل السابع

في : اللواحق

وفيه مسائل :

« الاولى » : لا يجوز لمن طلق رجعياً ، أن يخرج الزوجة من بيته إلا أن تأتي بفاحشة ، وهي أن تفعل ما يجب به الحد ، فتخرج لإقامته : وأدنى ما تخرج له ، أن تؤذي أهله (٣) . ويحرم عليها الخروج ، ما لم تضطر . ولو اضطرت الى الخروج ، خرجت بعد انتصاف الليل ، وعادت قبل الفجر . ولا تخرج في حجّة مندوبة إلا باذنه :

---

(١) ش ٣ / ٢١٥ / هـ : لان الكتابة تقتضي نقلها عن ملكه « س » .

(٢) ن : للفرق بين المائين « س » .

(٣) المسالك ٣ / ٤٠ : لو آذت أهل الزوج ، واستطالت عليهم بلسانها . . .

وتخرج في الواجب ، وإن لم يأذن . وكذا فيما تضطر اليه ، ولا وصلة لها إلا بالخروج . وتخرج في العدة البائنة أين شاءت .

« الثانية » : نفقة الرجعية لازمة في زمان العدة ، وكسوتها ومسكنها يوماً فيوماً ، مسلمة كانت أو ذمية . أما الامة ، فان ارسلها مولاها ليلاً ونهاراً ، فلها النفقة والسكنى ، لوجود التمكين التام . وإن منعها ليلاً أو نهاراً ، فلا نفقة ، لعدم التمكين التام . ولا نفقة للبائن ولا سكنى ، إلا أن تكون حاملاً ، فلها النفقة والسكنى حتى تضع وتثبت العدة مع الوطء بالشبهة . وهل تثبت النفقة لو كانت حاملاً ؟ قال الشيخ : نعم ، وفيه اشكال ينشأ من توهم اختصاص النفقة بالمطلقة الحامل ، دون غيرها من البائنات .

فروع : في سكنى المطلقة

« الاول » : لو انهدم المسكن ، أو كان مستعاراً أو مستأجراً ، فانقضت المدة ، جاز له إخراجها . ولها الخروج لانه إسكان غير سائغ . ولو طلقت في مسكن دون مستحقها ، جاز لها الخروج عند الطلاق الى مسكن يناسبها ، وفيه تردد .

« الثاني » : لو طلقها ثم باع المنزل ، فان كانت معتدة بالأقراء لم يصح البيع ، لانها تستحق سكنى غير معلومة ، فيتحقق الجهالة . ولو كانت معتدة بالشهور ، صح ، لارتفاع الجهالة .

« الثالث » : لو طلقها ثم حجَرَ عليه الحاكم ، قيل : هي أحق بالسكنى لتقدم حقها على الغرماء . وقيل : تضرب مع الغرماء بمستحقها من أجرة المثل ، والاول أشبه ، أما لو حُجِرَ عليه ثم طلق ، كانت أسوة مع الغرماء ، إذ لا مزية لها .

« الرابع » : لو طلقها في مسكن لغيره (١) ، استحقت السكنى في ذمته فان كان له غرماء ، ضربت مع الغرماء ، بأجرة مثل سكناها . فان كانت معتدة بالأشهر ، فالقدر معلوم ، وان كانت معتدة بالأقراء أو بالحمل ، ضربت مع الغرماء بأجرة سكنى أقل الحمل أو أقل الأقراء . فان اتفق ، وإلا أخذت نصيب الزائد . وكذا لو فسد الحمل قبل أقل المدة ، رجع عليها بالتفاوت .

« الخامس » : لو مات فَورِث المسكنَ جماعةٌ ، لم يكن لهم قسمته اذا كان بقدر مسكنها ، إلا باذنها أو مع انقضاء عدتها ، لانها استحقت السكنى فيه على صفة والوجه أنه لا سكنى بعد الوفاة مالم تكن حاملاً .

« السادس » : لو أمرها بالانتقال ، فنقلت رحلها وعيالها ، ثم طلقت وهي في الاول اعتدت فيه . ولو انتقلت وبقي عيالها ورحلها ثم طلقت ، اعتدت في الثاني . ولو انتقلت الى الثاني ، ثم رجعت الى الاول لنقل متاعها ، ثم طلقت ، اعتدت في الثاني لانه صار منزلها . ولو خرجت من الاول ، فطلِّقت قبل الوصول إلى الثاني ، اعتدت في الثاني ، لانها مأمورة بالانتقال اليه .

« السابع » : البدوية تعتد في المنزل الذي طُلِّقت فيه . فلو ارتحل النازلون به ، رحلت معهم ، دفعاً لضرر الانفراد . وان بقي أهلها فيه ، أقامت معهم ، ما لم يتغلب الخوف بالاقامة . ولو رحل أهلها وبقي من فيه منعة ، فالأشبه جواز النقل ، دفعاً لضرر الوحشة بالإنفراد .

« الثامن » : لو طلقها في السفينة ، فان لم تكن مسكناً ، أسكنها حيث

---

(١) المسالك ٣ / ٤٢ : بعارية أو أجرة ، ضاربت بالاجرة ، سواء كان الطلاق قبل الحجر أم بعده . . .

شاء (١) ، وان كانت مسكناً (٢) ، اعتدت فيها .

« التاسع » : اذا سكنت في منزلها ، ولم تطالب بمسكن ، فليس لها المطالبة بالاجرة ، لان الظاهر منها التطوع بالاجرة . وكذا لو استأجرت مسكناً فسكنت فيه ، لانها تستحق السكنى حيث يُسْكِنُها لا حيث تتخير .

« المسألة الثالثة » : لا نفقة للمتوفى عنها زوجها ، ولو كانت حاملاً وروي أنه ينفق عليها من نصيب الحمل ، وفي الرواية بُعدٌ ولها أن تبيت حيث شاءت (٣) .

« المسألة الرابعة » : لو تزوجت في العدة لم يصح ، ولم تنقطع عدة الاول ، فان لم يدخل بها الثاني ، فهي في عدة الاول . وان وطأها الثاني عالماً بالتحريم ، فالحكم كذلك ، حملت أو لم تحمل . ولو كان جاهلاً ولم تحمل ، أتمت عدة الأول لانها أسبق ، واستأنفت اخرى للثاني ، على أشهر الروايتين . ولو حملت ، وكان هناك ما يدل على أنه للأول ، اعتدت بوضعه له ، وللثاني بثلاثة أقراء بعد وضعه . وإن كان هناك ما يدل على أنه للثاني ، اعتدت بوضعه له ، وأكملت عدة للأول بعد الوضع . فلو كان ما يدل على انتفائه عنهما ، أتمت بعد وضعه عدة للأول ، واستأنفت عدة للأخير . ولو احتمل أن يكون منهما ، قيل : يقرع بينهما ، ويكون الوضع

---

(١) المسالك ٣ / ٤٣ : بعد قضاء وطرها الضروري من السفر .

(٢) ن : بأن كان ملاحاً ولا منزل له سوى السفينة ، كانت السفينة في حقه بمنزلة الدار للحضري ، فان اشتملت على بيوت متميزة المرافق ، اعتدت في البيت منها معتزلة عن الزوج ، وسكن الزوج بيتاً آخر . . .

(٣) ن ٣ / ٤٤ : نبه بقوله : ولها أن تبيت حيث شاءت ، على خلاف بعض العامة ، حيث جعل سكناها من التركة ، وتعيينها الى الوارث ، حتى لو لم يكن له تركة ، فعين الوارث لها مسكناً ، لم يكن لها الامتناع .

عدة لمن يلحق به ، وفيه اشكال ، ينشأ من كونها فراشاً للثاني بوطء الشبهة فيكون أحق به .

« الخامسة » : تعتد زوجة الحاضر ، من حين الطلاق أو الوفاة ، وتعتد من الغائب في الطلاق من وقت الوقوع ، وفي الوفاة من حين البلوغ ولو أخبر غير العدل . لكن لا تنكح إلا مع الثبوت . وفائدته الاجتزاء بتلك العدة . ولو علمت الطلاق ، ولم تعلم الوقت ، اعتدت عند البلوغ .

« السادسة » : اذا طلقها بعد الدخول ، ثم راجع في العـــدة ، ثم طلق قبل المسيس ، لزمها استئناف العدة ، لبطلان الاولى بالرجعة . ولو خالعها بعد الرجعة ، قال الشيخ هنا : الاقوى أنه لا عدة وهو بعيد ، لانه خلع عن عقد يتعقبه الدخول . أما لو خالعها بعد الدخول ، ثم تزوجها في العدة ، وطلقها قبل الدخول ، لم تلزمها العدة ، لان العدة الاولى بطلت بالفراش المتجدد ولم يحصل ، والعقد الثاني لم يحصل معه دخول . وقيل : يلزمها العدة ، لانها لم تكمل العدة للأول ، والاول أشبه .

« السابعة » : وطء الشبهة ، يسقط معه الحد ، وتجب العدة . ولو كانت المرأة عالمة بالتحريم ، وجهل الواطئ ، لحق به النسب ، ووجبت له العدة ، وتحد المرأة ولا [يسقط] (١) مهرها . ولو كانت الموطوءة أمة ، لحق به الولد ، وعلى الواطئ قيمته لمولاه حين سقط ، ومهر الامة . وقيل : العشر ان كانت بكراً ، ونصف العُشر إن كانت ثيباً ، وهو المروي .

« الثامنة » : اذا طلقها بائناً ، ثم وطأها بشبهة ، قيل : تتداخل العدتان ، لانهما لواحد ، وهو حسن ، حاملاً كانت أو حائلاً .

« التاسعة » : اذا نكحت في العـــدة الرجعية ، وحملت من الثاني ، اعتدت بالوضع من الثاني ، وأكملت عدة الاول بعد الوضع ، وكان للأول الرجوع في تلك العدة دون زمان الحمل .

---

(١) هذه الزيادة وردت في الخطية فقط .

كتاب الخلع والمبراة

والنظر

في : الصيغة

والفدية

والشرائط

والأحكام

* كتاب الخلع *

النَّظَرُ الأَوَّل

في : الصيغة .

أما الصيغة :

فأن يقول : خلعتك على كذا ، أو فلانة مختلعة على كذا .

وهل يقع بمجرده ؟ المروي نعم . وقال الشيخ : لا يقع حتى يتبع بالطلاق ، ولا يقع بفاديتك مجرداً عن لفظ الطلاق ، ولا فاسختك ، ولا أبَنْتك ، ولا نبأتك ، ولا بالتقايل .

وبتقدير الإجتزاء بلفظ الخلع ، هل يكون فسخاً أو طلاقاً ؟

قال المرتضى رحمه الله : هو طلاق ، وهو المروي .

وقال الشيخ رحمه الله : الأولى أن يقال فسخ ، وهو تخريج .

فمن قال : هو فسخ ، لم يعتد به عدد الطلقات .

ويقع الطلاق مع الفدية بائناً ، وان انفرد عن لفظ الخلع .

فروع

« الاول » : لو طلبت منه طلاقاً بعوض ، فخلعهـا مجرداً عن لفظ

الطلاق ، لم يقع على القولين . ولو طلبت خلعاً بعوض ، فطلق به لم يلزم البذل، على القول بوقوع الخلع بمجرده فسخاً . ويقع الطلاق رجعياً . ويلزم ، على القول بأنه طلاق ، أو أنه يفتقر الى الطلاق .

« الثاني » : لو ابتدأ ، فقال : أنت طالق بألف ، أو عليك ألف ، صح الطلاق رجعياً ، ولم يلزمها الالف ، ولو تبرعت بعد ذلك بضمانها ، لأنه ضمان ما لم يجب . ولو دفعتها اليه ، كانت هبة مستأنفة ولا تصير المطلقة بدفعها بائنة .

« الثالث » اذا قالت : طلقني بألف ، كان الجواب على الفور : فان تأخر ، لم يستحق عوضاً ، وكان الطلاق رجعياً .

النَّظَرُ الثَّانِي

في الفدية

كل ما صح أن يكون مهراً ، صح أن يكون فداء في الخلع . ولا تقدير فيه ، بل يجوز (١) ولو كان زائداً ، عما وصل اليها ، من مهر وغيره.

واذا كان غائباً ، فلابد من ذكر ، جنسه ووصفه وقدره . ويكفي في الحاضر المشاهدة .

وينصرف الإطلاق ، الى غالب نقد البلد ، ومع التعيين إلى ما عُيِّن؛ ولو خالعها على ألف ، ولم يذكر المراد ولا قصد ، فسد الخلع ؛ ولو كان الفداء مما لا يملكه المسلم كالخمر ، فسد الخلع ، وقيل :

(١) المسالك ٣ / ٥٠ : أن يكون قليلا وكثيراً ، عيناً ودِيناً ، بعد أن يكون متمولا مع ساير شروط الاعواض ، كالقدرة على التسليم ، وإستقرار الملك وغيرهما .

يكون رجعياً ، وهو حق إن اتبع بالطلاق ، وإلا كان البطلان أحق :

ولو خالعها على خل فبان خمراً صح ، وكان له بقدره خل : ولو خلع على حمل الدابة ، أو الجارية ، لم يصح .

ويصح بذل الفداء منها ، ومن وكيلها ، وممن يضمنه باذنها :

وهل يصح من المتبرع ؟ فيه تردد ، والأشبه المنع : أما لو قال : طلقها على ألف من مالها وعلى ضمانها ، أو على عبدها هذا وعلى ضمانها ، صح . فان لم ترض بدفع البذل ، صح الخلع ، وضمن المتبرع ، وفيه تردد . ولو خالعت في مرض الموت صح ، وإن بذلت أكثر من الثلث وكان من الأصل ، وفيه قول : ان الزائد عن مهـر المثل من الثلث ، وهو أشبه .

ولو كان الفداء رضاع ولده صح ، مشروطاً بتعيين المدة : وكذا لو طلقها على نفقته . بشرط تعيين القدر الذي يحتاج اليه ، من المأكل والكسوة والمدة . ولو مات قبل المدة ، كان للمطلق استيفاء ما بقي ، فان كان رضاعاً رجع بأجرة مثله ، وان كان انفاقاً رجع بمثل ما كان يحتاج اليه في تلك المدة ، مثلاً أو قيمة . ولا يجب عليها دفعه دفعةً ، بـل أدواراً في المدة ، كما كان يستحق عليها لو بقي :

ولو تلف العوض قبل القبض ، لم يبطل استحقاقه ، ولزمها مثله ، وقيمته إن لم يكن مثلياً .

ولو خالعها بعوض موصوف ، فان وجد ما دفعته على الوصف ، وإلا كان له رده والمطالبة بما وصف :

ولو كان معيناً فبان معيبـاً ، رده وطالب بمثله ، أو قيمـته ،

وإن شاء أمسكه مع الأرش (١) . وكذا لو خالعها على عبد ، على أنه حبشي فبان زنجياً ، أو ثوب على أنه نقي فبان أسمر (٢) . أما لو خالعها على أنه إبريسم فبان كتاناً (٣) ، صح الخلع وله قيمة الابريسم ، وليس له إمساك الكتان لاختلاف الجنس .

ولو دفعت ألفاً ، وقالت : طلقني بها متى شئت ، لم يصح البذل (٤) ولو طلق كان رجعياً والألف لها .

ولو خالع اثنتين بفدية واحدة صح ، وكانت بينهما بالسوية (٥) .

ولو قالتا : طلقنا بألف ، فطلق واحدة ، كان له النصف ، ولو عقّب بطلاق الاخرى ، كان رجعياً ، ولا عوض له ، لتأخر الجواب عن الإستدعاء المقتضي للتعجيل .

ولو خالعها على عين ، فبانت مستحقة ، قيل : يبطل الخلع . ولو قيل : يصح ، ويكون له القيمة ، أو المثل ان كانت مثلياً ، كان حسناً .

ويصح البذل من الامة ، فان أذن مولاها ، انصرف الإطلاق الى الافتداء بمهر المثل . ولو بذلت زيادة عنه ، قيل : يصح ، وتكون لازمة

---

(١) المسالك ٣ / ٥١ : لأنه نقص حدث قبل القبض ، فكان مضموناً عليها ، كما يضمن الجملة .

(٢) ن : لاشتراك الجميع في أصل الجنس ، والاختلاف في الاوصاف الموجبة لاختلاف القيمة ، فيجبر بالارش .

(٣) ن ٣ / ٥٢ : لوجود العوض فيه في الجملة .

(٤) ش ٣ / ٢١٩ / هـ : لان العوض ، وهو المجموع معلوم ، في مقابلة جملة معلومة.

(٥) المسالك ٣ / ٥٢ : وجه البطلان ، ان المعتبر في البذل الصحيح ، كونه في مقابلة الطلاق الواقع على الفور ، فاذا جعلته في مقابلة لواقع مطلق ، فكأنها قد جعلته في مقابلة طلاق باطل ، فيبطل البذل .

لذمتها ، تتبع بها بعد العتق واليسار ، وتتبع بأصل البذل مع عدم الإذن :

ولو بذلت عيناً ، فأجاز المولى ، صح الخلع والهذل ، وإلا صح الخلع دون البذل ، ولزمها قيمته أو مثله ، تتبع به بعد العتق :

ويصح بذل المكاتبة المطلقة ،ولا اعتراض للمولى أما المشروطة فكالقِنّ .

النَّظَرُ الثَّالِث

في : الشرائط

ويعتبر في الخالع شروط أربعة : البلوغ . . وكمال العقل . . والاختيار . . والقصد :

فلا يقع مع الصغر ، ولا مع الجنون ، ولا مع الاكراه ، ولا مع السكر ، ولا مع الغضب الرافع للقصد :

ولو خالع ولي الطفل بعوض صح (١) ، ان لم يكن طلاقاً ، ويبطل (٢) مع القول بكونه طلاقاً .

ويعتبر في المختلعة أن تكون طاهراً طهراً لم يجامعها فيه ، اذا كانت مدخولاً بها ، غير يائسة ، وكان حاضراً معها . . وأن تكون الكراهية من المرأة . ولو قالت : لأُدخِلن عليك من تكرهه ، لم يجب عليه خلعها بل يستحب ، وفيه رواية بالوجوب .

ويصح خلع الحامل مع رؤية الدم ، كما يصح طلاقها ، ولو قيل : انها

---

(١) ش ٣ / ٢١٩ / ه : لانه حينئذ بمنزلة المعاوضة عنه ، وهي جايزة معها « س » .

(٢) المسالك ٣ / ٥٣ : لما تقدم من أن الولي ليس له أن يطلق عن الصبي ، وإن وجد مصلحة .

تحيض . وكذا التي لم يدخل بها ، ولو كانت حائضاً .

وتخلع اليائسة ، وان وطأها في المخالعة :

ويعتبر في العقد : حضور شاهدين دفعة ، ولو افترقا لم يقع : وتجريده عن شرط .

ويصح الخلع : من المحجور عليه لتبذير أو فلس ، ومن الذمي والحربي ، ولو البذل خمراً أو خنزيراً ، صح . ولو أسلما أو أحدهما ، قبل الاقباض ، ضمنت القيمة عند مستحليه :

والشرط انما يبطل اذا لم يقتضه العقد ، فلو قال : فان رجعتِ رجعتُ ، لم يبطل هذا الشرط ، لانه من مقتضى الخلع . وكذا لو شرطت هي الرجوع في الفدية :

أما لو قال : خالعتك ان شئت ، لم يصح ، ولو شاءت ، لانه شرط ليس من مقتضاه . وكذا لو قال : خالعتك ان ضمنت لي الفاً ، أو إن اعطيتني ألفاً ، أو ما شاكله . وكذا : متى ، أو مهما ، أو أي وقت ، أو أي حين :

النَّظَرُ الرَّابِع

في الأحكام

وفيه مسائل :

« الاولى » : لو اكرهها على الفدية ، فعل حراماً : ولو طلق به صح الطلاق ، ولم تسلم اليه الفدية ، وكان له الرجعة .

« الثانية » : لو خالعها ، والاخلاق ملتئمة ، لم يصح الخلع ولا يملك الفدية . ولو طلقها والحال هذه بعوض ، لم تملك العوض ، وصح الطلاق وله الرجعة .

« الثالثة » : اذا أتت بفاحشة ، جاز عضلها ، لتفدي نفسهـا ، وقيل : هو منسوخ ولم يثبت .

« الرابعة » : إذا صح الخلع ، فلا رجعة له ، ولها الرجوع في الفدية ، ما دامت في العدة ، ومع رجوعها يرجع إن شاء .

« الخامسة » : لو خالعها ، وشرط الرجعة لم يصح . وكذا لو طلق بعوض .

« السادسة » : المختلعة ، لا يلحقها طلاق بعد الخلع ، لان الثاني مشروط بالرجعة . نعم لو رجعت في الفدية ، فرجع ، جاز استئناف الطلاق .

« السابعة » : اذا قالت : طلقني ثلاثاً بألف فطلقها ، قال الشيخ : لا يصح لانه طلاق بشرط ، والوجه انه طلاق في مقابلة بذل ، فلا يعد شرطاً . فان قصدت الثلاث ولاء ، لم يصح البذل ، وإن طلقها ثلاثاً مرسلاً (١) ، لانه لم يفعل ما سألته ، وقيل : يكون له الثلث لوقوع الواحدة . أما لو قصدت الثلاث ، التي يتخللها رجعتان ، صـح . فان طلق ثلاثاً ، فله الالف ، وإن طلق واحدة ، قيل : له ثلث الالف ، لانها جعلته في مقابلة الثلاث ، فاقتضى تقسيط المقدار على الطلقات بالسوية وفيه تردد ، منشأه جعل الجملة في مقابلة الثلث بما هي ، فلا يقتضي التقسيط مع الانفراد . ولو كانت معه على طلقة ، فقالت طلقني ثلاثـاً بألف ، فطلق واحدة ، كان له ثلث الالف ، وقيل : له الالف إن كانت عالمة والثلث إن كانت جاهلة ، وفيه اشكال .

---

(١) ش ٣ / ٢٢٠ / هـ : وهو أن يقول لها أنت طالق ثلاثاً « م » .

« الثامنة » : لو قالت : طلقني واحدة بالف ، فطلقها ثلاثاً ولاء وقعت واحدة وله الالف . ولو قالت : طلقني واحدة بألف ، فقال : أنت طالق فطالق فطالق ، طلقت بالاولى ولغي الباقي . فان قال : الالف في مقابلة الاولى ، فالالف له وكانت المطلقة بائنة . ولو قال : في مقابلة الثانية ، كانت الاولى رجعية ، وبطلت الثانية والفدية . ولو قال : في مقابلة الكل ، قال الشيخ : وقعت الاولى ، وله ثلث الالف ، وفيه إشكال من حيث ايقاعه ما التمسته .

« التاسعة » : إذا قال أبوها : طلقها ، وانت بريء من صداقها وطلق ، صح الطلاق رجعياً ، ولم يلزمها الإبراء ولا يضمنه الاب .

« العاشرة » : إذا وكلت في خلعها مطلقاً ، اقتضى خلعهـا بمهر المثل ، نقداً بنقد البلد . وكذا الزوج إذا وكل في الخلع فأطلق ، فان بذل وكيلها زيادة عن مهر المثل ، بطل البذل ، ووقع الطلاق رجعياً ، ولا يضمن الوكيل . ولو خلعها وكيل الزوج ، بأقـل من مهر المثل ، بطل الخلع . ولو طلق بذلك البذل لم يقع ، لانه فعل غير مأذون فيه .

ويلحق بالأحكام : مسائل النزاع

وهي ثلاثة :

« الاولى » : اذا اتفقا في القدر ، واختلفا في الجنس ، فالقول قول المرأة .

« الثانية » : لو اتفقا على ذكر القدر دون الجنس ، واختلفا في الارادة ، قيل : يبطل ، وقيل : على الرجل البينة وهو أشبه .

« الثالثة » : لو قال : خالعتك على ألف في ذمتك ، فقالت : بل في ذمة زيد ، فالبينة عليه واليمين عليها . ويسقط العوض مع يمينها ، ولا يلزم زيداً . وكذا لو قالت : بل خالعك فلان والعوض عليه . أما لو قالت : خالعتك بكذا ، وضمنه عني فلان أو برأه عني فلان ، لزمها الألف ما لم تكن بينة ، لانها دعوى محضة ، ولا يثبت على فلان شيء بمجرد دعواها .

☆ كتاب المباراة ☆

واما المباراة :

فهو أن يقول : بارأتك على كذا فأنت طالق . وهي تترتب على كراهية كل واحد من الزوجين صاحبه .

ويشترط إتباعه بلفظ الطلاق . فلو اقتصر المباري على لفظ المباراة لم يقع به فرقة . ولو قال : بدلاً من بارأتك ، فاسختك أو ابنتك ، أو غيره من الالفاظ ، صح إذا اتبعه بالطلاق ، اذ المقتضي للفرقة التلفظ بالطلاق لا غير .

ولو اقتصر على قوله : أنت طالق بكذا ، صح ، وكان مباراةً ، اذ هي عبارة عن الطلاق بعوض ، مع منافاة بين الزوجين .

ويشترط : في المباري والمبارأة ، ما شرط في المخالع والمخالعة . وتقع الطلقة مع العوض بائنة ، ليس للزوج معها رجوع ، إلا أن ترجع الزوجة في الفدية ، فيرجع لها ما دامت في العدة . وللمرأة الرجوع في الفدية ، ما لم تنقض عدتها .

والمباراة كالخلع ، لكن المباراة تترتب على كراهية كل واحد من الزوجين صاحبه . ويترتب الخلع على كراهية الزوجة . ويأخذ في المباراة ، بقدر ما وصل اليها منه ، ولا تحل له الزيادة ، وفي الخلع جائز .

وتقف الفرقة في المباراة ، على التلفظ بالطلاق ، إتفاقاً منا . وفي الخلع على الخلاف .

كتاب الظهار

والنظر فيه

يستدعي

بيان امور خمسة

الأوّل

في الصيغة

وهي أن يقول : أنت علي كظهر أمي ؛ وكذا لو قال : هذه ، أو ما شاكل ذلك من الالفاظ الدالة على تميزها .

ولا عبرة باختلاف ألفاظ الصِلات ، كقوله : أنت مني أو عندي :

ولو شبهها بظهر احدى المحرمات ، نسباً أو رضاعاً ، كالام أو الاخت فيه روايتان ، أشهرهما الوقوع :

ولو شبهها بيد أمه ، او شعرها او بطنها ، قيل لا يقع اقتصاراً على منطوق الآية ، وبالوقوع رواية فيها ضعف . أما او شبهها بغير امه ، بما عدا لفظة الظهر ، لم يقع قطعاً :

ولو قال : انت كأمي ، أو مثل أمي ، قيل : يقع ان قصد به الظهار ، وفيه اشكال ، منشأه اختصاص الظهار بمورد الشرع ، والتمسك في الحل بمقتضى العقد .

ولو شبهها بمُحرمة بالمصاهرة ، تحريماً مؤبداً ، كأم الزوجة ، وبنت زوجته المدخول بها ، وزوجة الاب والابن ، لم يقع به الظهار (١) : وكذا لو شبهها بأخت الزوجة ، أو عمتها ، أو خالتها .

ولو قال : كظهر أبي ، أو أخي ، أو عمي ، لم يكن شيئاً . وكذا لو قالت هي : أنت علي كظهر أمي وأبي :

ويشترط في وقوعه ، حضور عدلين ، يسمعان نطق المُظاهِر :

---

(١) المسالك ٣ / ٦١ : تمسكاً باستصحاب الحل في غير موضع النص والوفاق.

ولو جعله يميناً ، لم يقع (١) .

ولا يقع إلا منجزاً ، فلو علقه بانقضاء الشهر ، أو دخول الجمعة لم يقع على الأظهر . وقيل : يقع ، وهو نادر .

وهل يقع في إضرار (٢) ؟ قيل : لا ، وفيه إشكال ، منشأه التمسك بالعموم . وفي وقوعه موقوفاً على الشرط ، تردد ، أظهره الجواز :

ولو قيده بمدة ، كأن يظاهر منها شهراً أو سنة ، قال الشيخ : لا يقع ، وفيه إشكال ، مستند الى عموم الآية ، وربما قيل : ان قصرت المدة عن زمان التربص لم يقع ، وهو تخصيص للعمـــوم بالحكم المخصوص ، وفيه ضعف .

فروع

لو قال : أنت طالق كظهر امي ، وقع الطلاق ولغي الظهار (٣) ، قصد الظهار أو لم يقصده . وقال الشيخ : ان قصد الطلاق والظهار صح ، ان كانت المطلقة رجعية ، فكأنه قال : أنت طالق ، أنت علي كظهر امي ، وفيه تردد ، لان النية لا تستقل بوقوع الظهار ، ما لم يكن اللفظ الصريح ، الذي لا احتمال فيه . وكـــذا لو قال : أنت حرام كظهر أمي :

---

(١) المسالك ٣ / ٦١ : المراد بجعله يميناً ، جعله جزاء على فعل او ترك ، قصداً للزجر عنه ، والبعث على الفعل ، سواء تعلق به أو بها ، كقوله : ان كلمت فلاناً أو ان تركت الصلاة ، فأنت علي كظهر أمي . . .

(٢) ن : أي هل يقع جزاء ضرر يجيء من قبلها ؟ « بتصرف » .

(٣) ن : لان النية لا تستقل بوقوع الظهار ، ما لم يكن اللفظ الصريح الذي لا احتمال فيه .

ولو ظاهر إحدى زوجتيه ، إن ظاهر ضرتها ، ثم ظاهر الضرة ، وقع الظهاران :

ولو ظاهرها ، إن ظاهر فلانة الاجنبية ، وقصد النطق بلفظ الظهار صح الظهار عنـــد مواجهتها به . وان قصد الظهار الشرعي ، لم يقع ظهار . وكذا لو قال : اجنبية .

ولو قال : فلانة من غير وصف ، فتزوجها وظاهرها ، قال الشيخ : يقع الظهاران ، وهو حسن :

الثاني

في المظاهر

ويعتبر فيه البلوغ ، وكمال العقل ، والاختيار ، والقصد :

فلا يصح ظهار الطفل ، ولا المجنون ، ولا المكره ، ولا فاقد القصد بالسكر أو الاغماء أو الغضب :

ولو ظاهر ونوى الطلاق ، لم يقع الطلاق لعدم اللفظ المعتبر ، ولا الظهار لعدم القصد .

ويصح ظهار الخصي ، والمجبوب ، إن قلنا بتحريم ما عدا الوطء ، مثل الملامسة .

وكذا يصح الظهار من الكافر ، ومنعه الشيـــخ ، إلتفاتاً الى تعذر الكفارة ، والمعتمد ضعيف ، لإمكانها بتقديم الاسلام . ويصح من العبد ،

الثالث

في المظاهرة

ويشترط أن تكون منكوحة بالعقد الدائم . فلا تقع على الاجنبية ، ولو علقه على النكاح :

وأن تكون طاهراً طهراً ، لم يجامعها فيه ، اذا كان زوجها حاضراً وكان مثلها تحيض : ولو كان غائباً صح ، وكذا لو كان حاضراً ، وهي يائسة ، أو لم تبلغ :

وفي اشتراط الدخول تردد ، والمروي اشتراطـــه ، وفيه قول آخر مستنده التمسك بالعموم :

وهل يقع بالمستمتع بها ؟ فيه خلاف ، والاظهر الوقوع :

وفي الموطوءة بالملك ، تردد . والمروي أنه يقع كما يقع بالحرة :

ومع الدخول يقع . ولو كان الوطء دبراً ، صغيرة كانت أو كبيرة مجنونة او عاقلة .

وكذا يقع بالرتقاء والمريضة التي لا توطأ .

الرابع

في الأحكام

وهي مسائل :

« الاولى » : الظهار محرّم لإتصافه بالمنكر ، وقيل : لا عقاب فيه لتعقيبه بالعفو .

« الثانية » : لا تجب الكفارة بالتلفظ ، وانما تجب بالعود ، وهو إرادة الوطء . والأقرب أنه لا استقرار لها ، بل معنى الوجوب تحريم الوطء حتى يكفر . ولو وطئ قبل الكفارة ، لزمه كفارتان . ولو كرر الوطء تكررت الكفارة .

« الثالثة » : إذا طلقها بعد الظهار رجعياً ، ثم راجعها لم تحل له ، حتى يُكفِّر . ولو خرجت من العدة ، ثم تزوجها ووطأها ، فلا كفارة . وكذا لو طلقها بائناً ، وتزوجها في العدة ، ووطأها . وكذا لو ماتا ، أو مات أحدهما ، [أو ارتدا] (١) ، أو ارتد أحدهما .

« الرابعة » : لو ظاهر من زوجته الأمة ، ثم ابتاعها ، فقد بطل العقد . ولو وطأها بالملك ، لم تجب عليه الكفارة . ولو ابتاعها من مولاها غير الزوج ، ففسخ ، سقط حكم الظهار . ولو تزوجها الزوج بعقد مستأنف لم تجب الكفارة .

« الخامسة » : اذا قال : أنت علي كظهر أمي ، ان شاء زيد ، فقال : شئت ، وقع ، على القول بدخول الشرط في الظهار . ولو قال : إن شاء الله ، لم يقع ظهار به .

« السادسة » : لو ظاهر من أربع بلفظ واحد ، كان عليه عن كل واحدة كفارة . ولو ظاهر من واحدة مراراً ، وجب عليه بكل مرة كفارة فرّق الظهار أو تابعه . ومن فقهائنا من فصّل . ولو وطأها قبل التكفير ، لزمه عن كل وطء كفارة واحدة .

« السابعة » : اذا أطلق الظهار ، حَرُم عليه الوطء حتى يكفّر . ولو علقه بشرط ، جاز الوطء ما لم يحصل الشرط . ولو وطئ قبله لم يكفر . ولو كان الوطء هو الشرط ، يثبت الظهار بعد فعله . ولا تستقر الكفارة حتى يعود ، وقيل : تجب بنفس الوطء ، وهو بعيد .

---

(١) هذه الزيادة وردت في « م ٣ / ٢٢٢ » .

« الثامنة » : يحرم الوطء على المظاهر ما لم يكفّر ، سواء كفر بالعتق أو الصيام أو الإطعام . ولو وطأها في خلال الصوم ، استأنف . وقال شاذ منا : لا يبطل التتابع لو وطئ ليلاً ، وهو غلط . وهل يحرم عليه ما دون الوطء كالقبلة والملامسة ؟ قيل : نعم لأنه مماسة ، وفيه إشكال ينشأ من اختلاف التفسير .

« التاسعة » : اذا عجز المظاهر عن الكفّارة ، أو ما يقوم مقامها عدا الاستغفار ، قيل : يحرم عليه حتى يكفر ، وقيل : يجزيه الإستغفار وهو اكثر .

« العاشرة » : ان صبرت المظاهرة ، فلا إعتراض . وإن رفعت أمرها الى الحاكم ، خيّره بين التكفير والرجعة أو الطلاق ، وأنظَرَهُ ثلاثة أشهر من حين المرافعة . فان انقضت المدة ، ولم يختر أحدهما ، ضُيِّق عليه في المطعم والمشرب ، حتى يختار أحدهما . ولا يجبره على الطلاق تضييقاً ، ولا يطلق عنه .

ويلحق بهذا

النظر : في الكفارات

وفيه مقاصد :

الأوّل

في ضبط الكفارات

وقد سبق الكلام في كفارات الإحرام ، فنذكر ما سوى ذلك :

وهي : مرتبة ، ومخيرة ، وما يحصل فيه الأمران ، وكفارة الجمع :

فالمرتّبة :

ثلاث كفارات : الظهار ، وقتل الخطأ ، ويجب في كل واحدة العتق فان عجز ، فالصوم شهرين متتابعين ، فان عجز فاطعام ستين مسكيناً . :

وكفارة من أفطر يوماً ، من قضاء شهر رمضان ، بعد الزوال ، إطعام عشرة مساكين ، فان عجز صام ثلاثة ايام متتابعات .

والمخيّرة :

كفارة من أفطر في يوم من شهر رمضان ، مع وجوب صومه ، بأحد الاسباب الموجبة للتكفير .

وكفارة من أفطر يوماً ، نذر صومه ، على أشهر الروايتين :

وكذا كفارة الحنث في العهد ، وفي النذر على تردد ،

والواجب في كل واحدة عتق رقبة ، أو صيام شهرين متتابعين ، أو اطعام ستين مسكيناً ، على الاظهر .

وما يحصل فيه الامران :

كفارة اليمين : وهي عتق رقبة ، أو إطعـــام عشرة مساكين ، أو كسوتهم ، فان عجز صام ثلاثة ايام :

وكفارة الجمع :

وهي : كفارة قتل المؤمن عمداً ظلمـــاً ، وهي عتق رقبة ، وصوم شهرين متتابعين ، واطعام ستين مسكيناً .

المقصد الثاني

في : ما اختلف فيه

وهي سبع :

« الأولى » : من حلف بالبراءة ، فعليه كفارة ظهار ، فان عجز فكفارة يمين ، وقيل : يأثم ولا كفارة ، وهو أشبه .

« الثانية » : في جزّ المرأة شعرها في المصاب ، عتق رقبة ، أو صيام شهرين متتابعين ، أو إطعام ستين مسكيناً . وقيل : مثل كفارة الظهار ، والأول مروي . وقيل : تأثم ولا كفارة ، استضعافاً للرواية وتمسكاً بالاصل .

« الثالثة » : تجب على المرأة في نتف شعرها في المصاب ، وخدش وجهها ، وشق الرجل ثوبه ، في موت ولده أو زوجته ، كفارة يمين .

« الرابعة » : كفارة الوطء في الحيض مع العمد ، والعلم بالتحريم (١) والتمكن من التكفير ، قيل : تستحب ، وقيل : تجب ، وهو الأحوط . ولو وطأ أمته حائضاً ، كفّر بثلاثة امداد من الطعام .

« الخامسة » : من تزوج امرأة في عدتها ، فارق وكفّر بخمسة أصوع من دقيق . وفي وجوبها خلاف ، والإستحباب أشبه .

« السادسة » : من نام عن العشاء ، حتى جاوز نصف الليل ، أصبح صائماً على رواية فيها ضعف ، ولعل الإستحباب أشبه .

---

(١) المسالك ٣ / ٧١ : احترز عن الجاهل والناسي ، فلا شيء عليهما مطلقاً ، والحكم مختص بالرجل ، فلا كفارة على المرأة مطلقاً .

« السابعة » : من نذر صوم يوم فعجز عنه ، أطعم مسكيناً مُدّين فان عجز تصدق بما استطاع ، فان عجز استغفر الله ، وربما انكر ذلك قوم ، بناء على سقوط النذر ، مع تحقق العجز .

المقصد الثالث

في : خصال الكفارة

وهي : العتق ، والاطعام ، والصيام :

القول

في : العتق

ويتعين على الواجد في الكفارة المرتّبة .

ويتحقق الوجدان ، بملك الرقبة ، أو ملك الثمن مع امكان الابتياع .

ويعتبر في الرقبة : ثلاثة اوصاف

الاول : الايمان

وهو معتبر في كفارة القتل إجماعاً ، وفي غيرها مع التردد ، والأشبه اشتراطه .

والمراد بالايمان هنا ، الإسلام أو حكمه . ويستوي في الإجزاء ، الذكر والانثى ، والصغير والكبير ، والطفل في حكم المسلم . ويجزي ان كان ابواه مسلمين ، أو احدهما ، ولو حين يولد .

وفي رواية : لا يجزي في القتل خاصة ، الا البالغ الحنث ، وهي حسنة .

ولا يجزي الحمل ، ولو كان ابواه مسلمين ، وان كان بحكم المسلم .

وإذا بلغ المملوك أخرس وأبواه كافران ، فأسلم بالإشارة ، حُكم باسلامه واجزأ .

ولا يفتقر مع وصف الاسلام ، في الاجزاء الى الصلاة ، ويكفي في الاسلام الإقرار بالشهادتين .

ولا يشترط التبرّي مما عدا الاسلام .

ولا يحكم باسلام المسبي من اطفال الكفار ، سواء كان معه أبواه الكافران ، أو انفرد به السابي المسلم .

ولو أسلم المراهق ، لم يحكم باسلامه ، على تردد : وهل يفرق بينه وبين ابويه ؟ قيل : نعم ، صوناً له ان يستزلاه عن عزمه ، وان كان بحكم الكافر .

الوصف الثاني : السلامة من العيوب

فلا يجزي الأعمى ، ولا الأجذم ، ولا المقعد ، ولا المنكّل به ، لتحقق العتق بحصول هذه الاسباب .

ويجزي مع غير ذلك من العيوب ، كالاصم ، والاخرس ، ومن قطعت احدى يديه ، أو احدى رجليه .

ولو قطعت رجلاه ، لم يجز لتحقق الإقعاد .

ويجزي ولد الزنى ، ومنعه قوم إستسلافاً لوصفه بالكفر ، أو لقصوره عن صفة الايمان ، وهو ضعيف .

الوصف الثالث : ان يكون تام الملك

فلا يجزي المدبَّر ، ما لم ينقض تدبيره . وقال في المبسوط والخلاف يجزي ، وهو أشبه .

ولا المكاتب المطلق ، اذا أدى من مكاتبته شيئاً . ولو لم يؤد ، أو كان مشروطاً ، قال في الخلاف : لا يجزي . ولعله نظر الى نقصان الرق لتحقق الكتابة . وظاهر كلامه في النهاية أنه يجزي . ولعله أشبه من حيث تحقق الرق .

ويجزي الآبق ، اذا لم يعلم موته . وكذلك تجزي المستولدة ، لتحقق رقيتها .

ولو اعتق نصفين من عبدين مشتركين لم يجز ، اذ لا يسمي ذلك نسمة .

ولو اعتق شقصاً من عبد مشترك ، نفذ العتق في نصيبه ، فان نوى الكفارة وهو موسر ، أجزأ ان قلنا : انه ينعتق بنفس اعتاق الشقص . وان قلنا : لا ينعتق إلا بأداء قيمة حصة الشريك ، فهل يجزي عند أدائها؟ قيل : نعم ، لتحقق عتق الرقبة ، وفيه تردد ، منشأه تحقق عتق الشقص أخيراً ، بسبب بذل العوض لا بالاعتاق .

ولو كان معسراً ، صح العتق في نصيبه ، ولا يجزي عن الكفارة ، ولو أُيْسِرَ بعد ذلك ، لاستقرار الرق في نصيب الشريك .

ولو ملك النصيب ، ونوى اعتاقه عن الكفارة ، صح وإن تفرق ، لتحقق عتق الرقبة .

ولو اعتق المرهون ، لم يصح ما لم يُجزِ المرتهن . وقال الشيخ : يصح مطلقاً ، اذا كان موسراً ، وتكلف أداء المال إن كان حالاً ، أو رهناً بدله إن كان مؤجلاً ، وهو بعيد .

ولو قتل عمداً فأعتقه في الكفارة ، فللشيخ قولان ، والأشبه المنع :
وإن قتل خطأ ، قال في المبسوط ، لم يجز عتقه ، لتعلق حق المجني عليه برقبته : وفي النهاية يصح ، ويضمن السيد ديّة المقتول ، وهو حسن :

ولو أعتق عنه مُعتِق بمسألته صح ، ولم يكن له عوض : فان شرط عوضاً ، كأن يقول : أعتق وعلي عشرة صح ، ولزمه العوض :

ولو تبرع بالعتق عنه ، قال الشيخ : نفذ العتق عن المعتق ، دون من أعتق عنه ، سواء كان المعتق عنه حياً أو ميتاً .

ولو اعتق الوارث عن الميت من ماله ، لا من مال الميت ، قال الشيخ : يصح ، والوجه التسوية بين الأجنبي والوارث ، في المنع أو الجواز.

واذا قال : إعتق عبدك عني ، فقال : اعتقت عنك ، فقد وقع الاتفاق على الاجزاء . ولكن متى ينتقل الى الأمر ؟ قال الشيخ : ينتقل بعد قول المُعتِق : أعتقت عنك ، ثم ينعتق بعده وهو تحكم ، والوجه الاقتصار على الثمرة ، وهو صحة العتق وبراءة ذمة الآمر ، وما عداه تخمين . ومثله اذا قال له : كل هذا الطعام ، فقد اُختلف أيضاً في الوقت الذي يملكه الآكل ، والوجه عندي ، أنه يكون إباحة للتناول ، ولا ينتقل الى ملك الآكل :

ويشترط في الاعتاق شروط :

الاول : النية

لأنه عبادة يحتمل وجوهاً فلا يختص بأحدها إلا بالنية :

ولابد من نية القربة ، فلا يصح العتق من الكافر ، ذمياً كان أو حربياً أو مرتداً ، لتعذر نية القربة في حقه .

ويعتبر نية التعيين ، ان اجتمعت أجناس مختلفة ، على الأشبه .

ولو كانت الكفارات من جنس واحد ، قال الشيـــخ : يجزي نية التكفير مع القربة ، ولا يفتقر الى التعيين ، وفيه إشكال :

أما الصوم ، فالأشبه بالمذهب ، أنه لابد فيه من نية التعيين ، ويجوز تجديدها إلى الزوال .

فروع : على القول بعدم التعيين

« الاول » : لو أعتق عبداً عن إحدى كفارتيه صح ، لتحقق نية التكفير اذ لا عبرة بالسبب مع اتحاد الحكم .

« الثاني » : لو كان عليه كفارات ثلاث متساوية ، في العتق والصوم والصدقة ، فأعتق ونوى القربة والتكفير ، ثم عجز فصام شهرين متتابعين بنية القربة والتكفير ، ثم عجز فأطعم ستين مسكينـــاً ، كذلك برئ من الثلاث ولو لم يعين .

« الثالث » : لو كان عليه كفارة ، ولم يدر أهي عن قتـــل أو ظهار ؟ فأعتق ونوى القربة والتكفير أجزأه .

« الرابع » : لو شك بين نذر وظهار ، فنوى التكفير لم يجز ، لأن النذر لا يجزي فيه نية التكفير . ولو نوى إبراء ذمته من أيهما كان ، جاز . ولو نوى العتق مطلقاً لم يجز ، لأن احتمال ارادة التطوع أظهر عند الإطلاق . وكذا لو نوى الوجوب ، لأنه قد يكون لا عن كفارة .

« الخامس » : لو كان عليه كفارتان ، وله عبدان فأعتقهما ، ونوى نصف كل واحد منهما عن كفارة صح ، لأن كل نصف تحرر عن الكفارة المرادة به ، وتحرر الباقي عنهما بالسراية . وكذا لو أعتق نصف عبده ، عن كفارة معينة صح ، لأنه ينعتق كله دفعة . أما لو اشترى

أباه أو غيره ، ممن ينعتق عليه ، ونوى التكفير ، قال في المبسوط : يجزي . وفي الخلاف : لا يجزي ، وهو أشبه ، لأن نية العتق مؤثرة في ملك المعتق ، لا في ملك غيره ، فالسراية (١) سابقة على النية ، فلا يصادف حصولها ملكاً .

الشرط الثاني : تجريده عن العوض

فلو قال لعبده : أنت حر ، وعليك كذا ، لم يجز عن الكفارة ، لأنه قصد العوض . ولو قال له قائل : اعتق مملوكك عن كفارتك ، ولك علي كذا فاعتق ، لم يجز عن الكفارة ، لانه قصد العوض ، وفي وقوع العتق تردد . ولو قيل بوقوعه ، هل يلزم العوض ؟ قال الشيخ : نعم ، وهو حسن . ولو رد المالك العوض بعد قبضه ، لم يجزِ عن الكفارة ، لانه لم يجز حال الإعتاق ، فلم يجز فيما بعده .

الشرط الثالث : أن لا يكون السبب محرماً

فلو نكل بعبده ، بأن قلع عينيه أو قطع رجليه ، ونوى التكفير انعتق ولم يجزِ عن الكفارة .

القول

في الصيام

ويتعين الصوم في المرتبة ، مع العجز عن العتق .

---

(١) الروضة ٦ / ٢٢٩ : أي سراية العتق الى بقية أجزاء العبد ، لو عتق منه بعضه .

ويتحقق العجز : إما بعدم الرقبة ، أو عدم ثمنها ، وإما بعدم التمكن من شرائها وإن وجد الثمن .

وقيل : حد العجز عن الاطعام ، أن لا يكون معه ما يفضل عن قوته وقوت عياله ليوم وليلة .

فلو وجد الرقبة ، وكان مضطراً الى خدمتها أو ثمنها ، لنفقته وكسوته لم يجب العتق .

ولا يباع المسكن ، ولا ثياب الجسد . ويباع ما يفضل عن قدر الحاجة من المسكن .

ولا يباع الخادم على المرتفع عن مباشرة الخدمة ، ويباع على من جرت عادته بخدمة نفسه ، إلا مع المرض المحوج الى الخدمة .

ولو كان الخادم غالياً ، بحيث يتمكن من الاستبدال منه ببعض ثمنه قيل : يلزم بيعه لإمكان الغنى عنه . وكذا قيل في المسكن إذا كان غالياً وامكن تحصيل البدل ببعض الثمن ، والأشبه أنه لا يباع تمسكاً بعموم النهي عن بيع المسكن .

ومع تحقق العجز عن العتق ، يلزم في الظهار والقتل خطأ ، صوم شهرين متتابعين . وعلى المملوك صوم شهر ، فان أفطر في الشهر الأول من غير عذر ، استأنف . وإن كان لعذر بنى . وإن صام من الثاني ولو يوماً أتم . وهل يأثم مع الإفطار ؟ فيه تردد ، أشبهه عدم الاثم فيه .

والعذر الذي يصح معه البناء ، الحيض والنفاس والمرض والاغماء والجنون .

أما السفر ، فان اضطر اليه كان عذراً ، وإلا كان قاطعاً للتتابع .

ولو أفطرت الحامل أو المرضع ، خوفاً على نفسيهما ، لم ينقطع التتابع .

ولو افطرتا خوفاً على الولد ، قال في المبسوط : ينقطع ، وفي الخلاف : لا ينقطع ، وهو أشبه .

ولو اكره على الافطار ، لم ينقطع التتابع ، سواء كان إجباراً كمن وجر الماء في حلقه ، أو لم يكن كمن ضُرِبَ حتى اكل ، وهو اختيار الشيخ في الخلاف ، وفي المبسوط قال بالفرق .

ولو عرض في اثناء الشهر الاول ، زمان لا يصح صومه عن الكفارة كشهر رمضان والاضحى ، بطل التتابع .

القَوْل

في : الاطعام

ويتعين الاطعام في المرتَّبة ، مع العجز عن الصيام .

ويجب اطعام العدد المعتبر ، لكل واحد مد ، وقيل : مُدّان ومع العجز مد ، والاشبه الاول ، ولا يجزي إعطاء ما دون العدد المعتبر ، وان كان بقدر إطعام العدد .

ولا يجوز التكرار عليهم ، من الكفارة الواحدة ، مع التمكن من العدد ، ويجوز مع التعذر .

ويجب أن يُطعِمَ من أوسط ما يطعم اهله . ولو أعطى مما يغلب على قوت البلد ، جاز . ويستحب أن يضم اليه أداماً ، أعلاه اللحم ، وأوسطه الخل ، وأدونه الملح .

ويجوز أن يعطي العدد ، متفرقين ومجتمعين ، إطعاماً وتسليماً .

ويجزي إخراج الحنطة والشعير والدقيق والخبز .

ولا يجزي إطعام الصغار ، منفردين ، ويجوز منضمين . ولو انفردوا احتسب الاثنان بواحد .

ويستحب الاقتصار على [اطعام] (١) المؤمنين ، ومن هو بحكمهم ، كالأطفال .

وفي المبسوط : يصرف الى من يصرف اليه زكاة الفطر : ومن لا يجوز هناك لا يجوز هنا ، والوجه جواز إطعام المسلم الفاسق : ولا يجوز إطعام الكافر : وكذا الناصب :

مسائل اربع :

« الاولى » : كفارة اليمين ، مخيرة بين العتق والاطعام والكسوة : فاذا كسا الفقير ، وجب أن يعطيه ثوبين مع القدرة ، ومع العجز ثوباً واحداً ، وقيل : يجزي الثوب الواحد مع الاختيار ، وهو أشبه .

« الثانية » : الاطعام في كفارة اليمين ، مد لكل مسكين ، ولو كان قادراً على المُدَّين : ومن فقهائنا من خص المد بحال الضرورة ، والاول أشبه :

« الثالثة » : كفارة الايلاء مثل كفارة اليمين (٢) :

« الرابعة » : من ضرب مملوكه فوق الحد ، استحب له التكفير بعتقه.

---

(١) هذه الزيادة وردت في « هـ ٣ / ٢٢٧ » .

(٢) المسالك ٣ / ٨٠ : لان الايلاء يمين خاصة ، وهو الحلف على ترك وطي الزوجة على ما سيأتي تفصيله ، وانما يتميز عن مطلق اليمين ، بأحكام مخصوصة ، أما الكفارة فواحدة .

المقصد الرابع

في : الأحكام المتعلقة بهذا الباب

وهي مسائل :

« الاولى » : من وجب عليه شهران متتابعان ، فان صام هلالين فقد أجزأه ، ولو كانا ناقصين . وإن صام بعض الشهر ، وأكمل الثاني اجتزأ به ، وان كان ناقصاً ، واكمل الاول ثلاثين . وقيل : يتم ما فات من الأول ، والاول اشبه .

« الثانية » : العبرة في المرتّبة ، بحال الأداء لا بحال الوجوب ؛ فلو كان قادراً على العتق فعجز ، صام ولا يستقر العتق في ذمته ؛

« الثالثة » : اذا كان له مال ، يصل اليه بعد مدة غالباً ، لم ينتقل فرضه ، بل يجب الصبر ، ولو كان مما يتضمن المشقة بالتأخير كالظهار ، وفي الظهار تردد .

« الرابعة » : اذا عجز عن العتق ، فدخل في الصوم ، ثم وجد ما يعتق ، لم يلزمه العود ، وان كان افضل . وكذا لو عجز عن الصوم ، فدخل في الاطعام ، ثم زال العجز .

« الخامسة » : لو ظاهر ولم ينو العود ، فأعتق عن الظهار ، قال الشيخ : لا يجزيه ، لانه كفر قبل الوجوب ، وهو حسن ؛

« السادسة » : لا تدفع الكفـارة الى الطفل ، لأنه لا أهلية له ، وتدفع الى وليه ؛

« السابعة » : لا تصرف الكفارة الى من يجب نفقته على الدافع ، كالأب والأم والأولاد والزوجة والمملوك ، لانهم أغنياء بالدافع . وتدفع الى من سواهم وان كانوا أقارب .

« الثامنة » : اذا وجبت الكفارة في الظهار ، وجب تقديمها على المسيس (١) ، سواء كفّر بالاعتاق أو بالصيام أو بالاطعام .

« التاسعة » : اذا وجب عليه كفارة مخيرة ، كفر بجنس واحد ، ولا يجوز أن يكفر بنصفين من جنسين .

« العاشرة » : لا يجزي دفع القيمة في الكفارة ، لاشتغال الذمة بالخصال ، لا بقيمتها .

« الحادية عشرة » : قال الشيخ : من قتل في الأشهر الحرم ، وجب عليه صوم شهرين متتابعين من الأشهر الحرم ، وإن دخل فيها العيد وأيام التشريق ، وهي رواية زرارة ، والمشهور عموم المنع .

« الثانية عشرة » : كل من وجب عليه صوم شهرين متتابعين ، فعجز صام ثمانية عشر يوماً ، فان لم يقدر تصدق عن كل يوم بمد من طعام ، فان لم يستطع استغفر الله تعالى ، ولا شيء عليه .

---

(١) لقوله تعالى في سورة المجادلة ، الآية « ٤ » : « . . . فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا . . . » ، « فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، من قبل ان يتماسا . . . »

كتاب الإيلاء

والنظر

في أمور

أربعة

الأوّل

في . الصيغة

ولا ينعقد الإيلاء إلا بأسماء الله تعالى ، مع التلفظ :

ويقع بكل لسان ، مع القصد اليه . واللفظ الصريح « والله لا أدخلت فرجي في فرجك » ، أو يأتي باللفظة المختصة بهذا الفعل ، أو ما يدل عليها صريحاً :

والمحتمل كقوله : لا جامعتك أو لا وطأتك ، فان قصد الإيلاء ، صح .

ولا يقع مع تجرده عن النية . أما لو قال : لا أجمع رأسي ورأسك في بيت أو مَخَدة ، أو لا ساقفتك ، قال الشيخ في الخلاف : لا يقع به إيلاء ، وقال في المبسوط يقع مع القصد ، وهو حسن :

ولو قال : لا جامعتك في دبرك ، لم يكن مولياً :

وهل يشترط تجريد الإيلاء عن الشرط ؟ للشيخ فيه قولان : أظهرهما اشتراطه . فلو علقه بشرط ، أو زمان متوقع ، كان لاغياً :

ولو حلف بالعتاق أن لا يطأها ، أو بالصدقة ، أو بالتحريم ، لم يقع ولو قصد الإيلاء :

ولو قال : إن اصبتك ، فعلي كذا ، لم يكن إيلاء :

ولو آلى من زوجة ، وقال للأخرى : شركتك معها ، لم يقع بالثانية ولو نواه ، إذ لا إيلاء الا مع النطق باسم الله :

ولا يقع إلا في إضرار ، فلو حلف لصلاح اللبن ، أو لتدبير في

مرض ، لم يكن له حكم الإيلاء ، وكان كالأيمان (١) .

الثاني

في : المولى

ويعتبر فيه : البلوغ ، وكمال العقل ، والاختيار ، والقصد (٢)
ويصح من المملوك ، حرة كانت زوجته أو أمة ، ومن الذمي (٣)
ومن الخصي . وفي صحته من المجبوب تردد ، أشبهه الجواز ، ويكون فئته كفئة العاجز :

الثالث

في : المولى منها

ويشترط : أن تكون منكوحةً بالعقـد لا بالملك . . وأن تكون مدخولاً بها .

---

(١) المسالك ٣ / ٨٢ : اشتراط وقوع الايلاء ، بقصد الاضرار بالزوجة ، بالامتناع من وطئها هو المشهور . . . فلو قصد بذلك مصلحتها ، بأن كانت مريضة أو مرضعة لصلاحها أو صلاح ولدها ، لم يقع إيلاء ، بل يقع يميناً يعتبر فيه ما يعتبر فيه .
(٢) الروضة ٦ / ١٥٨ : الى مدلول لفظه ، فلا يقع من الصبي والمجنون والمكره والساهي والعابث ونحوهم ممن لا يقصد الايلاء .
(٣) المسالك ٣ / ٨٢ : لانه مقر بالله تعالى ، فيصح حلفه . . .

وفي وقوعه بالمستمتع بها تردد ، أظهره : المنع .

ويقع بالحرة والمملوكة (١) . والمرافعة الى المرأة لضرب المدة ، ولها بعد انقضائها المطالبة بالفئة (٢) ، ولو كانت أمة ، ولا اعتراض للمولى .

ويقع الايلاء بالذمية كما يقع بالمسلمة .

الرابع

في : أحكامه

وهي مسائل :

« الاولى » : لا ينعقد الايلاء حتى يكون التحريم مطلقاً ، أو مقيداً بالدوام ، أو مقروناً بمدة تزيد عن أربعة أشهر ، أو مضافاً الى فعلٍ لا يحصل إلا بعد انقضاء مدة التربص ، يقيناً أو غالباً . كقوله : — وهو بالعراق — حتى أمضي الى بلد التُرك وأعود ، أو يقول : ما بقيت . ولا يقع لأربعة أشهر فما دون ، ولا معلقاً بفعلٍ ينقضي قبل هذه المدة ، يقيناً أو غالباً أو محتملاً على السواء . ولو قال : والله لا وطأتك حتى أدخل هذه الدار ، لم يكن إيلاء ، لأنه يمكنه التخلص من التفكير مع الوطء بالدخول ، وهو منافٍ للايلاء .

---

(١) المسالك ٣ / ٨٣ : كما لا فرق في المولي ، بين الحر والرقيق ، والمسلم والكافر فكذا لا فرق في المولى منها ، بين الحرة والامة ، ولا بين المسلمة والذمية ، لدخول الجميع في عموم قوله تعالى : « للذين يؤلون من نسائهم . . . »

(٢) الروضة ٦ / ١٦٠ : الفئة : وهي وطؤها قبلا ، ولو بمسماه ، بأن تغيبت الحشفة.

« الثانية » : مدة التربص في الحرة والأمة أربعة أشهر ، سواء كان الزوج حراً أو عبداً . والمدة حق للزوج ، وليس للزوجة مطالبته فيها بالفئة فاذا انقضت لم تطلّق بانقضاء المدة ، ولم يكن للحاكم طلاقها . وان رافعته فهو مخير بين الطلاق والفئة . فان طلق فقد خرج من حقها ، وتقع الطلقة رجعية ، على الأشهر ، وكذا إن فاء . وان امتنع من الامرين ، حبس وضيق عليه حتى يفيء أو يطلق . ولا يجبره الحاكم على احدهما تعييناً . ولو آلى مدة معينة ، ودافع بعد المرافعة حتى انقضت المدة ، سقط حكم الايلاء ، ولم يلزمه الكفارة مع الوطء . ولو اسقطت حقها من المطالبة ، لم تسقط المطالبة ، لانه حق متجدد ، فيسقط بالعفو ما كان لازماً لا ما يتجدد .

فروع

« الاول » : لو اختلفا في انقضاء المدة ، فالقول قول من يدعي بقاءها وكذا لو اختلفا في زمان ايقاع الايلاء ، فالقول قول من يدعي تأخيره .

« الثاني » : لو انقضت مدة التربص ، وهناك ما يمنع من الوطء كالحيض والمرض ، لم يكن لها المطالبة ، لظهور عذره في التخلّف (١) . ولو قيل : لها المطالبة بفئة العاجز عن الوطء ، كان حسناً (٢) ، ولو تجددت أعذارها في اثناء المدة ، قال في المبسوط تنقطع (٣) ،

---

(١) المسالك ٣ / ٨٤ : لانه معذور والحال هذه ولا مضارة .

(٢) ن : لظهور العجز في الجملة ، ولانه لا مانع منها ، بل هي ممكنة وانما المانع من الله تعالى ، وهذا حسن .

(٣) ن : المراد بقطع اعذارها المتجددة للاستدامة ، عدم احتسابها من المدة ، فاذا زال العذر ، ثبت على ما مضى من المدة قبل العذر .

الاستدامة عدا الحيض ،وفيه تردد .ولاتنقطع المدة باعذار الرجل ابتداءً ، ولا اعتراضاً ، ولا تمنع من المرافعة انتهاء .

« الثالث » : إذا جُنَّ بعد ضرب المدة ، احتسبت المدة عليه وإن كان مجنوناً ، فان انقضت المدة والجنون باق ، تربص به حتى يفيق .

« الرابع» : إذا انقضت المدة وهو مُحْرِم ، اُلزم بفئة المعذور، وكذا لو اتفق صائماً . ولو واقع أتى بالفئة وإن أثِم (١) . وكذا في كل وطء محرّم ، كالوطء في الحيض ، والصوم الواجب .

« الخامس » : إذا ظاهرَ ، ثم آلىَ ، صحَّ الأمران ، وتوقف بعد انقضاء مدة الظهار . فان طلق ، فقد وفى الحق ، وان أبى اُلزِمَ التكفير والوطء ،لانه أسقط حقه من التربص بالظهار ، وكان عليه كفارة الايلاء .

« السادس » : إذا آلى ثم ارتد ،قال الشيخ : لا يحتسب عليه مدة الردة لان المنع بسبب الارتداد لا بسبب الايلاء ، والوجه الاحتساب ، لتمكنه من الوطء بازالة المانع .

« المسألة الثالثة » : اذا وطئ في مدة التربص ، لزمته الكفارة إجماعاً ولو وطأ بعد المدة ، قال في المبسوط : لا كفارة ، وفي الخلاف يلزمه وهو الاشبه .

« الرابعة » : إذا وطأ المولي ساهياً ، أو مجنوناً ، أو إشتبهت بغيرها من حلائله ، قال الشيخ : بطل حكم الايلاء ، لتحقق الاصابة ، ولا تجب الكفارة (٢) ، لعدم الحنث .

---

(١) ش ٣ / ٢٢٩ / ه : ولا يلزم بالوطي المحرم ، لكن لو فعل أثم وحصلت الفئة .

(٢) المسالك ٣ / ٨٥ : لانه لا تقصير منه ، ولعموم « رفع عن امتي : الخطأ والنسيان . . . » .

« الخامسة » : اذا ادعى الاصابة فانكرت ، فالقول قوله مع يمينه لتعذر البينة .

« السادسة » : قال في المبسوط : المدة المضروبة بعد الترافع لا من حين الايلاء ، وفيه تردد .

« السابعة » : الذميان اذا ترافعا ، كان الحاكم بالخيار ، بين الحكم بينهما وبين ردهما الى اهل نحلتهما .

« الثامنة » : فئة القادر غيبوبة الحشفة في القبل ، وفئة العاجز إظهار العزم على الوطء مع القدرة . ولو طلب الامهال مع القدرة ، أمهل ما جرت العادة به ، كتوقع خفة المأكول أو الاكل إن كان جائعاً ، أو الراحة إن كان متعباً .

« التاسعة » : اذا آلى من الأمة ، ثم اشتراها وأعتقها وتزوجها ، لم يعد الايلاء ، وكذا لو آلى العبد من الحرة ، ثم إشترته وأعتقته وتزوّج بها.

« العاشرة » : اذا قال لأربع : والله لا وطأتكن ، لم يكن مولياً في الحال ، وجاز له وطء ثلاث منهن ، ويتعين التحريم في الرابعة ، ويثبت الايلاء : ولها المرافعة ويضرب لها المدة ثم تقفه بعد المـدة . ولو ماتت واحدة قبل الوطء ، انحلّت اليمين ، لان الحنث لا يتحقق الا مع وطء الجميع . وقد تعذر في حق الميتة ، إذ لا حكم لوطئها . وليس كذلك لو طلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً ، لأن حكم اليمين هنـا باق فيمن بقي ، لامكان الوطء في المطلقات ولو بالشبهة . ولو قال : لا وطئت واحدة منكن ، تعلّق الإيلاء بالجميع ، وضُرِبَت المدة لهن عاجلاً . نعم ، لو وطئ واحدة حَنِثَ ، وانحلت اليمين في البواقي . ولو طلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً ، كان الايلاء ثابتاً فيمن بقي . ولو قال : في هذه أردت واحدةً معينةً ، قُبِلَ قوله ، لأنه أبصر بنيته . ولو قال : لا وطأت

كل واحدة منكن ، كان مولياً من كل واحدة ، كما لو آلى من كل واحدة منفردة . وكل من طلقها ، فقد وفّاها حقها ، ولم ينحل اليمين في البواقي. وكذا لو وطأها قبل الطلاق ، لزمته الكفارة ، وكان الايلاء حينئذ في البواقي باقياً .

« الحادية عشرة » : اذا آلى من الرجعية صحّ ، ويحتسب زمان العدة من المدة . وكذا لو طلقها رجعياً بعد الايلاء وراجع :

« الثانية عشرة » : لا تتكرر الكفارة بتكرر اليمين ، سواء قصد التأكيد أو لم يقصد ، أو قصد بالثانية غير ما قصد بالاولى ، اذا كان الزمان واحداً . نعم ، لو قال : والله لا وطأتك خمسة أشهر ، فاذا انقضت فوالله لا وطأتك سنة ، فهما إيلاءان ولها المرافعة لضرب مدة التربص عقيب اليمين. ولو وافقته فماطل ، حتى انقضت خمسة اشهر ، فقد انحلت اليمين : قال الشيخ : ويدخل وقت الايلاء الثاني ، والوجه بطلان الثاني ، لتعلقه على الصفة على ما قرره الشيخ :

« الثالثة عشرة » : اذا قال: والله لا وطأتك(١) سنة إلا مرّة ، لم يكن مولياً في الحال ، لأن له الوطء من غير تكفير . ولو وطأ ، وقع الايلاء ثم ينظر ، فان تخلف من المدة قدر التربص فصاعداً ، صحّ وكان لها المرافعة. وإن كان دون المدة ، بطل حكم الايلاء :

---

(١) وفي « هـ / ٢٣٠ » : « لا أصبتك » بدلا من « لا وطأتك » .

كتاب اللعان

والنظر

في أركانه

وأحكامه

النظر الأول

وأركانه : أربعة

الركن الأول

في : السبب

وهو شيئان :

• السبب • الأول القذف

ولا يترتب اللعان به ، إلا على رمي الزوجة المحصنة المدخول بها ، بالزنى قبلاً أو دبراً ، مع دعوى المشاهدة ، وعدم البينة :

فلو رمى الاجنبية تعيَّن الحد ، ولا لعان . وكذا لو قذف الزوجة ولم يدَّعِ المشاهدة :

ولو كان له بينة ، فلا لعان ولا حد . وكذا لو كانت المقذوفة مشهورة بالزنى .

ويتفرع على إشتراط المشاهدة ، سقوط اللعان في حق الأعمى بالقذف لتعذر المشاهدة . ويثبت في حقه بنفي الولد :

ولو كان للقاذف بينة ، فعدل عنها الى اللعان ، قال في الخلاف : يصح . ومنع في المبسوط ، التفاتاً الى اشتراط عدم البينة في الآية ، وهو الأشبه :

ولو قذفها بزنى ، اضافة الى ما قبل النكاح ، فقد وجب الحد :

وهل له اسقاطه باللعان ؟ قال في الخلاف : ليس له اللعان ، اعتباراً بحالة الزنى . وقال في المبسوط : له ذلك ، اعتباراً بحالة القذف ، وهو أشبه :

ولا يجوز قذفها مع الشبهة ، ولا مع غلبة الظن ، وإن اخبره الثقة ، أو شاع أن فلاناً زنى بها .

واذا قذف في العدة الرجعية ، كان له اللعان . وليس له ذلك في البائن ، بل يثبت بالقذف الحد ، ولو اضافه الى زمان الزوجية : ولـو قذفها بالسحق ، لم يثبت اللعان ، ولو ادعى المشاهدة ، ويثبت الحد :

ولو قذف زوجته المجنونة ، ثبُت الحد ، ولا يقام عليه الحد إلا بعد المطالبة ، فان افاقت صح اللعان . وليس لوليها المطالبة بالحد مادامت حية.

وكذا ليس له مطالبة زوج أمته بالتعزير في قذفها ، فان ماتت ، قال الشيخ : له المطالبة ، وهو حسن .

السبب الثاني انكار الولد

ولا يثبت اللعان بانكار الولد ، حتى تضعه لستة أشهر فصاعداً ، من حين وطئها ما لم يتجاوز حملها اقصى مدة الحمل ، وتكون موطوءة بالعقد الدائم .

ولو ولدته تاماً ، لأقل من ستة أشهر ، لم يلحق به ، وانتفى عنه بغير لعان .

أما لو اختلفا بعد الدخول في زمان الحمل ، تلاعنَا . ولا يلحق الولد حتى يكون الوطء ممكناً ، والزوج قادراً . فلو دخل الصبي لدون تسع فولدت ، لم يلحق به . ولو كان له عشر فما زاد ، لحق بها ، لإمكان البلوغ في حقه ، ولو كان نادراً . ولو انكر الولد ، لم يلاعن ، اذ لا حكم للعانه ويؤخر اللعان ، حتى يبلغ الرشد وينكره : ولو مات قبل البلوغ أو بعده ، ولم ينكره ، أُلحِقَ به وورِثَتْهُ الزوجة والولد .

ولو وطئ الزوج دبراً فحملت ، ألحق به ، لإمكان استرسال المني في الفرج ، وإن كان الوطء في غيره :

ولا يلحق الولدُ الخصيَ المجبوبَ ، على تردد :

ويلحق ولد الخصي أو المجبوب . ولا ينتفي ولد أحدهما الا باللعان ، تنزيلاً على الاحتمال وان بَعُد .

واذا كان الزوج حاضراً وقت الولادة ، ولم ينكر الولد مع ارتفاع الأعذار ، لم يكن له إنكاره بعد ذلك ، إلا ان يؤخره بما جرت العادة به كالسعي الى الحاكم . ولو قيل : له انكاره بعد ذلك ، ما لم يعترف به ، كان حسناً .

ولو أمسك عن نفي الحمل حتى وضعت ، جاز له نفيه بعد الوضع على القولين ، لإحتمال أن يكون التوقف ، لتردده بين أن يكون حملاً أو ريحاً .

ومتى أقرَّ بالولد صريحاً أو فحوى ، لم يكن له انكاره بعد ذلك ، مثل أن يُهَنَّأ به فيجيب بما يتضمن الرضا ، كأن يقال له : بارك الله لك في مولودك ، فيقول : آمين ، أو يقول : إن شاء الله . أما لو قال مجيباً : بارك الله فيك ، أو أحسن الله اليك لم يكن إقراراً .

واذا طلق الرجل وأنكر الدخول ، فادعته وادعت انها حامل منه ، فان أقامت بينة إنه ارخى سترًا ، لاعنها ، وحرمت عليه ، وكان عليه المهر . وإن لم تقم بينة ، كان عليه نصف المهر ، ولا لعان ، وعليها الحد مئة سوط . وقيل : لا يثبت اللعان ، ما لم يثبت الدخول ، وهو الوطء . ولا يكفي إرخاء الستر ، ولا يتوجه عليه الحد ، لانه لم يقذف ، ولا أنكر ولداً يلزمه الاقرار به ، ولعل هذا أشبه .

ولو قذف امرأته ، ونفى الولد ، وأقام بينةً ، سقَطَ الحد : ولم ينتف الولد إلا باللعان .

ولو طلقها بائناً ، فأتت بولد يلحق به في الظاهر ، ولم ينتف الا باللعان .

ولو تزوجت المطلقة ، وأتت بولد لدون ستة اشهر من دخول الثاني ولتسعة أشهر فما دون من فراق الاول ، لم ينتف عنه الا باللعان .

الركن الثاني

في : الملاعن

ويعتبر كونه : بالغاً ، عاقلاً .

وفي لعان الكافر روايتان ، أشهرهما أنه يصح . وكذا القول في المملوك.

ويصح لعان الأخرس ، اذا كان له إشارة معقولة ، كما يصح طلاقه وإقراره . وربما توقف شاذ منا ، نظراً الى تعذر العلم بالاشارة وهو ضعيف اذ ليس حال اللعان بزائد عن حال الاقرار بالقتل .

ولا يصح اللعان ، مع عدم النطق ، وعدم الاشارة المعقولة :

ولو نفى ولد المجنونة ، لم ينتف إلا باللعان : ولو أفاقت فلاعنت صح ، وإلا كان النسب ثابتاً ، والزوجية باقية . ولو أنكر ولد الشبهة ، انتفى عنه ، ولم يثبت اللعان . وإذا عرف انتفاء الحمل ، لإختلال شروط الالتحاق أو بعضها ، وجب إنكار الولد واللعان ، لئلا يلتحق بنسبه من ليس منه :

ولا يجوز إنكار الولد للشبهة ، ولا للظن ، ولا لمخالفة صفات الولد لصفات الواطئ :

الركن الثالث

في : الملاعنة

ويعتبر فيها : البلوغ ، وكمال العقل ، والسلامة من الصمم والخرس ، وأن تكون منكوحة بالعقد الدائم .

وفي اعتبار الدخول بها خلاف ، المروي أنه لا لعان قبله . وفيه قول : بالجواز . وقال ثالث : بثبوته بالقذف ، دون نفي الولد :

ويثبت اللعان بين الحر والمملوكة ، وفيه رواية بالمنع ، وقال ثالث : بثبوته بنفي الولد دون القذف .

ويصح لعان الحامل ، لكن لا يقام عليها الحد ، إلا بعد الوضع(١) :

ولا تصير الأمة فراشاً بالملك ، وهل تصير فراشاً بالوطء ؟ فيه روايتان ، أظهرهما أنها ليست فراشاً ، ولا يلحق ولدها إلا باقراره ولو اعترف بوطئها . ولو نفاه ، لم يفتقر الى لعان .

---

(١) وفي « ه ٣ / ٣٣٢ » : إلا بلد الوضع .

الركن الرابع

في : كيفية اللعان

ولا يصح إلا عند الحاكم ، أو من ينصبه لذلك :

ولو تراضيا برجل من العامة ، فلاعن بينهما جاز .

ويثبت حكم اللعان بنفس الحكم ، وقيل : يعتبر رضاهما بعد الحكم .

وصورة اللعان : أن يشهد الرجل بالله - أربع مرات - أنه لمن الصادقين فيما رماها به ، ثم يقول : أن عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين ثم تشهد المرأة بالله - أربعاً - أنه لمن الكاذبين فيما رماها به ، ثم تقول : أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين :

ويشتمل اللعان على واجب ، ومندوب

فالواجب :

التلفظ بالشهادة على الوجه المذكور : : وأن يكون الرجل قائماً عند التلفظ . وكذا المرأة ، وقيل : يكونان جميعاً قائمين بين يدي الحاكم : : وأن يبدأ الرجل أولاً بالتلفظ على الترتيب المذكور وبعده المرأة . : وأن يعيّنها بما يزيل الاحتمال كذكر اسمها واسم أبيها أو صفاتها المميزة لها عن غيرها . : وأن يكون النطق بالعربية مع القدرة ، ويجوز بغيرها مع التعذر : واذا كان الحاكم غير عارف بتلك اللغة ، افتقر الى حضور مترجمين ، ولا يكفي الواحد : :

ويجب البدء بالشهادات ثم باللعن . . وفي المرأة تبدأ بالشهادات ثم بقولها : أن غضب الله عليها .

ولو قال : أحدهما عوض أشهد بالله، أحلف، أو أقسم، أو ماشاكله، لم يجز.

والمندوب

أن يجلس الحاكم مستدبر القبلة . . وأن يقف الرجل عن يمينه . . والمرأة عن يمين الرجل . . وأن يحضر من يسمع اللعان (١) . . وأن يعظه الحاكم ويخوّفه (٢) بعد الشهادات قبل ذكر اللعن ، وكذا في المرأة قبل ذكر الغضب (٣) .

وقد يغلّظ اللعان : بالقول (٤) ، والمكان (٥) ، والزمان (٦) .

ويجوز اللعان : في المساجد والجوامع ، اذ لم يكن هناك مانع من الكون في المسجد .

---

(١) المسالك ٣ / ٩٤ : أي يحضر جماعة من أعيان البلد وصلحائه ، فان ذلك أعظم للامر . . . « بتصرف » .

(٢) ن : بالله تعالى ، ويخبره ان عذاب الآخرة اشد من عذاب الدنيا ، ويقرأ عليهم « الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمناً قليلا » ، ويروى انه « ص » قال للمتلاعنين : « حسابكما على الله تعالى ، احدكما كاذب ، فهل منكما تائب » . . .

(٣) ن : وفي الرواية انه « ص » قال لها : « إتقي الله فان غضب الله شديد »...

(٤) الروضة ٦ / ٢٠٧ : وهو تكرار الشهادات أربع مرات .

(٥) المسالك ٣ / ٩٤ : المراد بالتغليظ بالمكان ، ان يجري اللعان في اشرف المواضع من البلد ، كبين الركن والمقام ان كان بمكة وهو المسمى بالحطيم ، وفي الروضة وهي ما بين قبر النبي « ص » ومنبره ان كان بالمدينة . . .

(٦) ن : والتغليظ بالزمان ، ايقاعه في وقت شريف، كيوم الجمعة وبعدالعصر...

فان اتفقت المرأة حائضاً ، أنفذ الحاكم اليها ، من يستوفي الشهادات وكذا لو كانت غير بُرزة (١) ، لم يكلفهـا الخروج عن منزلها ، وجاز استيفاء الشهادات عليها فيه . وقال الشيخ : ان اللعان أيمان وليست بشهادات ولعله نظر الى اللفظ فانه بصورة اليمين .

النَّظَرُ الثَّانِي

في الاحكام

وأما أحكامه : فتشتمل على مسائل

« الاولى » : يتعلق بالقذف . وجوب الحد في حق الرجل ، وبلعانه سقوط الحد في حقه ووجوب الحد في حق المرأة . ومع لعانهـا ثبوت أحكام أربعة : سقوط الحدين ، وانتفاء الولد عن الرجل دون المرأة ، وزوال الفراش ، والتحريم بالمؤبد . ولو أكذب نفسه في أثناء اللعان ، أو لكل ، ثبت عليه الحد ، ولم تثبت عليه الأحكام الباقية . ولو نكلت هي أو أقرت ، رُجِمَت وسقط الحـد عنه ، ولم يزل الفراش ، ولا يثبت التحريم . ولو أكذب نفسه بعد اللعان ، أُلحق به الولد ، لكن يرثه الولد ولا يرثه الأب ، ولا من يتقرب به . وترثه الأم ومن يتقرب بها ، ولم يعد الفراش ، ولم يزل التحريم . وهل عليه الحد ؟ فيه روايتان ، أظهرهما أنه لاحد . ولو اعترفت بعد اللعان ، لا يجب عليها الحد ، إلا أن تقر أربع مرات ، وفي وجوبه معها تردد .

(١) المسالك ٣ / ٩٤ : المراد بغير البرزة ، من لا تعتاد الخروج الى مجامع الرجال .

« الثانية » : اذا انقطع كلامه بعد القذف ، وقبل اللعـــان ، صار كالأخرس ويكون لعانه بالاشارة ، وان لم يحصل اليأس منه .

« الثالثة » : اذا ادعت أنه قذفها ، بما يوجب اللعان فأنكر ، فأقامت بينة ، لم يثبت اللعان وتعيّن الحد ، لأنه يكذب نفسه .

« الرابعة » : اذا قذف امرأته برجل ، على وجه نسبها الى الزنى كان عليه حدان ، وله اسقاط حد الزوجة باللعـــان . ولو كان له بينة سقط الحدان .

« الخامسة » : اذا قذفها فأقرّت قبل اللعان ، قال الشيخ : لزمها الحد ان أقرت أربعاً ، وسقط عن الزوج . ولو أقرت مرة ، فان كان هناك نسب لم ينتف إلا باللعان ، وكان للزوج أن يلاعن لنفيه ، لأن تصادق الزوجين على الزنى لا ينفي النسب ، اذ هو ثابت بالفراش ، وفي اللعان تردد .

« السادسة » : اذا قذفها فاعترفت ثم أنكرت ، فأقام شاهـــدين باعترافها ، قال الشيخ : لا يقبل إلا بأربعة ويجب الحد ، وفيه اشكال ، ينشأ من كون ذلك شهادة بالاقرار لا بالزنى .

« السابعة » : إذا قذفها فماتت قبل اللعان ، سقط اللعان (١) ، وورثها الزوج (٢) ، وعليه الحد للوارث . ولو أراد دفع الحد باللعان جاز . وفي رواية أبي بصير : إن قام رجل من أهلها فلاعنه ، فلا ميراث له وإلا أخذ الميراث ، واليه ذهب الشيخ في الخلاف . والأصل أن الميراث يثبت بالموت ، فلا يسقط باللعان المتعقب .

« الثامنة » : اذا قذفها ولم يلاعن ، فحد ثم قذفها به ، قيل : لا حد ، وقيل : يحد تمسكاً بحصول الموجب ، وهو الأشبه . وكذا الخلاف

---

(١) الروضة ٦ / ٢١٤ : لتعذره بموتها .

(٢) ن : حيث ان الزوجية لا تنتفي الا باللعان ولم يقع .

فيما لو تلاعنا ثم قذفها به ، وهنا سقوط الحد أظهر . ولو قذفها به الأجنبي حُدَّ . ولو قذفها فأقرت ، ثم قذفها الزوج أو الاجنبي فلا حد . ولو قذفها ولاعن فنكلت ثم قذفها الاجنبي ، قال الشيخ : لا حد كما لو أقام بينة : ولو قيل : يحد ، كان حسناً :

« التاسعة » : لو شهد أربعة والزوج أحدهم ، فيه روايتان ، إحداهما تُرجَم المرأة ، والأخرى تحد الشهود ويلاعن الزوج . ومن فقهائنا من لزَّل رد الشهادة ، على اختلال بعض الشرائط ، أو سبق الزوج بالقذف وهو حسن :

« العاشرة » : اذا أخلَّ أحدهما بشيء من الفاظ اللعان الواجبة ، لم يصح . ولو حكم به حاكم لم يُنفَّذ .

« الحادية عشرة » : فُرقة اللعان فسخ ، وليست طلاقاً .

كتاب العتق

وفضله متفقٌ عليه ، حتى روي : « من أعتق مؤمناً اعتق الله بكل عضو منه عضواً له من النار » .

ويختص الرق بأهل الحرب ، دون اليهود والنصارى والمجوس ، القائمين بشرائط الذمة ؛ ولو أخلوا دخلوا في قسم أهل الحرب .

وكلٌ من أقر على نفسه بالرق ، مع جهالة حريته ، حُكِمَ برقيته وكذا الملتقط في دار الحرب .

ولو اشترى انسان من حربي ، ولده أو زوجته أو احدى ذوي أرحامه ، كان جائزاً وملكه ، إذ هم فيءٌ في الحقيقة .

ويستوي سبي المؤمنين والضلال في استباحة الرق .

وازالة الرق يكون باسباب أربعة :

المباشرة ـ والسراية ـ والملك ـ والعوارض

الفصل الأول

في : المباشرة

أما المباشرة فالعتق ، والكتابة ، والتدبير

أما العتق : (١)

فعبارته الصريحة : التحرير ، وفي الاعتاق تردد ؛ ولا يصح بما عدا

(١) وأما التدبير والكتابة ، فهما سيأتيان في كتابين مستقلين ، بعد هذا الكتاب مباشرة...

التحرير ، صريحاً كان أو كناية ، ولو قصد به العتق ، كقوله : فككت رقبتك أو أنت سائبة .

ولو قال لأمته : ياحرّة وقصد العتق ، ففي تحريرها تردد ، والأشبه عدم التحرير ، لبعده عن شبه الإنشاء . ولو كان اسمها حرة ، فقال : أنت حرة ، فان قصد الإخبار لم تنعتق ، وان قصد الانشاء صح .

ولو جُهِلَ منه الأمران ، ولم يمكن الإستعلام ، لم يحكم بالحرية لعدم اليقين بالقصد ، وفيه تردد ، منشأه التوقف بين العمل بحقيقة اللفظ ، والتمسك بالإحتمال .

ولابد من التلفظ بالصريح ، ولا يكفي الإشارة مع القدرة على النطق ولا الكتابة .

ولابد من تجرده عن الشرط ، فلو علقه على شرط مترقب أو صفة لم يصح . وكذا لو قال : يدك حرة ، أو رجلك ، أو وجهك ، أو [رأسك](١) أما لو قال : بدنك أو جسدك ، فالأشبه وقوع العتق ، لأنه هو المعنيّ بقوله : أنت حر .

وهل يشترط تعيين المعتق ؟ الظاهر لا . فلو قال : أحد عبيدي حر صح ، ويرجع الى تعيينه . فلو عين ثم عدل ، لم يقبل . ولو مات قبل التعيين ، قيل : يعين الوارث ، وقيل : يُقرع وهو أشبه ، لعدم إطلاع الوارث على قصده . أما لو أعتق معيناً ، ثم اشتبه ، أُرجِئَ حتى يذكر ، فان ذكر عَمِلَ بقوله . ولو عدل بعد ذلك ، لم يقبل . فان لم يذكر ، لم يقرع ما دام حياً ، لإحتمال التذكُّر . فان مات وادعى الوارث العلم ، رجع اليه . وإن جهل ، يُقرع بين عبيده ، لتحقق الإشكال واليأس من زواله . ولو ادعى أحدُ مماليكه ، إنه هو المراد بالعتق فأنكر ، فالقول قوله مع يمينه . وكذا حكم الوارث . ولو نَكَلَ قُضِيَ عليه .

---

(١) هذه الزيادة غير موجودة في « هـ ٣ / ٢٣٤ » .

والمعتبر في المُعتِق : البلوغ ، وكمال العقل ، والاختيار ، والقصد الى العتق ، والتقرب إلى الله ، وكونه غير محجورٍ عليه .

وفي عتق الصبي - اذا بلغ عشراً - وصدقتِهِ ، تردد . ومستند الجواز رواية زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام .

ولا يصح عتق السكران .

ويبطل - باشتراط نية القربة . عتقُ الكافر ، لتعذرهـا في حقه .

وقال الشيخ في الخلاف : يصح .

ويعتبر في المُعتَق : الاسلام ، والملك . فلو كان المملوك كافراً ، لم يصح عتقه . وقيل : يصح مطلقاً . وقيل : يصح مع النذر .

ويصح عتق ولد الزنى ، وقيل : لا يصح بناءً على كـفره ، ولم يثبت (١) .

ولو أعتق غير المالك ، لم ينفذ عتقه ، ولو أجازه المالك (٢) .

ولو قال : إن ملكتُك فأنت حر ، لم ينعتق مع الملك ، إلا أن يجعله نذراً .

ولو جعل العتق يميناً لم يقع ، كما لو قال : أنت حرٌ إن فعلتُ ، أو إن فعلتَ .

ولو أعتق مملوكَ ولده الصغير - بعد التقويم - صحّ . ولو أعتقه

---

(١) المسالك ٣ / ١٠٠ : . . . والحق جواز عتقه مطلقاً ، أما بعد بلوغه وإسلامه فواضح ، اذ لو لم يقبل منه لزم تكليف ما لا يطاق ، وأما قبله فلانه وان لم يحكم باسلامه من حيث عدم تبعيته للمسلم لكن لا يحكم بكفره لعدم تبعيته للكافر ، فيلزم من صحة عتق الكافر صحة عتقه بطريق أولى . . . وروي أن أبا عبد الله « ع » قال : « لا بأس بان يعتق ولد الزنى » .

(٢) الروضة ٦ / ٢٤٩ - ٢٥٠ : لقوله « ص » : « لا عتق إلا في ملك » .

ولم يقومه على نفسه ، أو كان الولد بالغاً رشيداً ، لم يصح :

ولو شرط على المعتَق شرطاً ، في نفس العتق ، ألزمه الوفاء به : ولو اشترط إعادته في الرق إن خالف ، أعيد مع المخالفة ، عملاً بالشرط . وقيل : يبطل العتق ، لأنه إشتراط لاسترقاق من ثَبَتَ حريتُه : ولو شرط خدمة زمانٍ معين ، صحّ . ولو قضى المدة آبقاً ، لم يُعَد في الرق : وهل للورثة مطالبته باجرة مثل الخدمة ؟ قيل : لا ، والوجه اللزوم :

ومن وجب عليه عتقٌ في كفارة ، لم يجزِهِ التدبير :

وإذا أتى على المؤمن سبع سنين ، استحب عتقه : ويستحب عتق المؤمن مطلقاً :

ويكره : عتقُ المسلم المخالِف ، وعتقُ من لا يقدر على الاكتساب ولا بأس بعتق المستضعف :

ومن أعتق من يعجز عن الاكتساب ، استحب إعانته .

ويلحق بهذا الفصل : مسائل

« الاولى » : لو نذر عتقَ أول مملوك يملكه ، فملك جماعةً ، قيل : يَعتِق أحدَهم بالقرعة ، وقيل : يتميّز (١) ويعتق ، وقيل : لا يعتق شيئاً ، لأنه لم يتحقق شرط النذر ، والأول مروي :

« الثانية » : لو نذر تحريرَ أول ما تلده . فولدت توأمين ، كانا مُعتَقين.

« الثالثة » : لو كان له مماليك ، فأعتق بعضهم ، ثم قيل له : هل أعتقت مماليكك ؟ فقال : نعم ، إنصرف الجواب إلى من باشر عتقهم خاصة.

« الرابعة » : لو نذر عتق أمته إن وطأها صح ، فان أخرجها من

---

(١) وفي « هـ ٣ / ٢٣٥ » : « يتخير » بدلا من « يتميز » .

ملكه ، إنحلّت اليمين : ولو أعادها بملك مستأنف ، لم تعد اليمين (١) .

« الخامسة » : اذا نذر عتقَ كل عبد قديم ، إنصرف الى من مضى عليه في ملكه ، ستة أشهر فصاعداً .

« السادسة » : من أعتق عبده ، وله مالٌ ، فماله لمولاه . وقيل : إن لم يعلم به المولى ، فهو له . وإن علمه فهو للمعتِق ، إلا أن يستثنيه المولى ، والأول أشهر .

« السابعة » : اذا أعتق ثُلثَ عبيده - وهم ستة - إستخرج الثُلث بالقرعة . وصورتها : أن يكتب في ثلاث رقاع ، إسم إثنين في كل رقعة ثم يخرج على الحرية أو الرقية . فان أخرج على الحرية ، كفت الواحدة ، وإن أخرج على الرقية ، إفتقر الى إخراج اثنين . فان تساووا عدداً وقيمةً أو إختلفت القيمة مع إمكان التعديل أثلاثاً ، فلا بحث . وإن اختلفت القيمة ، ولم يمكن التعديل ، أخرج ثلثهم قيمةً وطرح إعتبار العدد ، وفيه تردد . وان تعذر التعديل عدداً وقيمة ، أخرجنا على الحرية ، حتى يستوفي الثلث قيمة ، ولو قصرت قيمة المُخرَج أكملنا الثلث ، ولو بجزء من آخر .

« الثامنة » : من اشترى أمة نسيئة ولم ينقد ثمنها ، فأعتقها وتزوجها ومات ولم يخلف سواها ، بطل عتقه ونكاحه وردت الى البائع رقاً . ولو حملت ، كان ولدها رقاً ، وهي رواية هشام بن سالم ، وقيل : لا يبطل العتق ، ولا يرق الولد ، وهو أشبه .

« التاسعة » : اذا أوصى بعتق عبد ، فخـرج من الثلث ، لزم

---

(١) الروضة ٦ / ٢٩٤ : لصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام ، قال : سألته عن الرجل تكون له الامة ، فيقول : « يوم يأتيها فهي حرة » ، ثم يبيعها من رجل ، ثم يشتريها بعد ذلك ، قال : « لا بأس بأن يأتيها ، فقـد خرجت عن ملكه » .

الوارث إعتاقه . فان إمتنع ، أعتقه الحاكم ، ويحكم بحريته حين الاعتاق لا حين الوفاة . وما اكتسبه قبل الاعتاق وبعد الوفاة يكون له ، لاستقرار سبب العتق بالوفاة . ولو قيل : يكـون للوارث ، لتحقق الرق عند الاكتساب ، كان حسناً .

« العاشرة » : اذا أعتق مملوكه عن غيره باذنه ، وقع العتق عن الآمر ، وينتقل الى الآمر عند الأمر بالعتق ، ليتحقق العتق في الملك ، وفي الانتقال تردد .

« الحادية عشرة » : العتق في مرض الموت ، يمضـي من الثلث ، وقيل : من الأصل ، والأول مروي .

تفريعان

« الاول » : اذا اعتق ثُلُث إمائه في مرض الموت ، ولا مال له سواهن اخرجت واحدة منهن بالقرعة . فان كان بها حمل تجدد بعد الاعتاق فهو حر إجماعاً . وان كان سابقاً على الاعتاق ، قيل : هو حر أيضاً وفيه تردد .

« الثاني » : اذا اعتق ثلاثة في مرض الموت ، لا يملك غيرهم ، ثم مات أحدهم ، أُقرِعَ بين الميت والأحياء . ولو خرجت الحرية لمن مات ، حُكِمَ له بالحرية . ولو خرجت على أحد الحيّين ، حكم على الميت بكونه مات رقاً ، لكن لا يحتسب من التركة ، ويقرع بين الحيّين ، ويتحرر منهما ما يحتمله الثلث من التركة الباقية . ولو عجز أحدهما عن الثلث ، أكمل الثلث عن الآخـر . ولو فَضُلَ منه ، كان فاضلُه رقاً .

الفصل الثاني

في : السراية

وأما السراية : فمن أعتق شِقصاً من عبده ، سرى العتق فيه كلّه إذا كان المعتَق صحيحاً جائزَ التصرف .

وإن كان له فيه شريك ، قوِّم عليه إن كان موسراً ، وسعى العبد في فك ما بقي منه ، إن كان المعتِق معسراً . وقيل : إن قصد الاضرار(١) فكّه إن كان موسراً ، وبطل عتقه إن كان معسراً . وان قصد القربة ، عُتِقَت حصته ، وسعى العبد في حصة الشريك .

ولم يجب على المعتِق فكه ، فان عجز العبد ، أو امتنع من السعي كان له من نفسه ما أعتق ، وللشريك ما بقي ، وكان كسبه بينه وبين الشريك ، ونفقته وفطرته عليهما .

ولو هاياه شريكه في نفسه صح (٢) ، وتناولت المهاياة المعتاد والنادر كالصيد والالتقاط .

ولو كان المملوك بين ثلاثة ، فأعتَق اثنان ، قوِّمت حصة الثالث عليهما بالسوية ، تساوت حصصهما فيه أو اختلفت .

وتعتبر القيمة وقت العتق ، لانه وقت الحيلولة .

---

(١) المسالك ٣ / ١٠٤ : المراد بالاضرار تقويمه على الشريك قهراً ، واعتاق نصيبه لله تعالى ، ومثل هذا لا ينافي القربة ، وانما ينافيها تمحض القصد بالاضرار .

(٢) الروضة ٦ / ٢٧٣ : بمعنى أنهما يقتسمان الزمان على قدر الحصص التي بينهما « جمعاً بين المتن والهامش » .

وينعتق حصة الشريك بأداء القيمة لا بالاعتاق : وقال الشيـــخ : هو مراعى .

ولو هرب المعتَق ، صُبِرَ عليه حتى يعود ، وان اُعسِرَ اُنظِرَ الى الايسار .

ولو اختلفا في القيمة ، فالقول قول المعتِق ، وقيل : القول قول الشريك ، لأنه ينتزع نصيبَه من يده . ولو ادعى المعتَق فيه عيباً ، فالقول قول الشريك (١) :

واليسار المعتبر : هو أن يكون مالكاً بقدر قيمة نصيب الشريك ، فاضلاً عن قوت يومه وليلته . ولو ورث شِقصـــاً ، ممن ينعتق عليه ، قال : في الخلاف يقوّم عليه ، وهو بعيد .

ولو أوصى بعتق بعض عبده ، أو بعتقه ، وليس له غيره ، لم يقوّم على الورثة باقيه : وكذا لو اعتقه عند موته ، أُعتِقَ من الثلث ، ولم يقوم عليه :

والاعتبار بقيمة الموصَى به بعد الوفاة ، وبالمنجَّز عند الاعتاق .

والاعتبار في قيمة التركة بأقل الامرين ، من الوفاة الى حين القبض لأن التالف بعد الوفاة غير معتبر ، والزيادة مملوكة للوارث :

ولو أعتق الحامل تحرر الحمل ، وإن استثنى رقه على رواية السكوني عن ابي جعفر عليه السلام ، وفيه إشكال منشأه عدم القصد الى عتقه .

تفريع

إذا ادعى كل واحد من الشريكين على صاحبه عتق نصيبه ، كان على كل واحد منهما اليمين على صاحبه ، ثم يستقر رق نصيبهما .

---

(١) المسالك ٣ / ١٠٥ : لاصالة عدم حدوث العيب ، مع اتفاقهما على عدمه في الابتداء.

واذا دفع المعتِق قيمة نصيب شريكه ، هل ينعتق عند الدفع أو بعده ؟ فيه تردد ، والأشبه أنه بعد الدفع ، ليقع العتق عن ملك. ولو قيل: بالاقتران ، كان حسناً .

واذا شهد بعض الورثة بعتق مملوكٍ لهم ، مضى العتق في نصيبه . فان شهد آخر ، وكانا مُرْضِيَيْن (١) ، نُفِّذ العتق فيه كله ، والا مضى في نصيبهما ، ولا يكلف أحدهما شراء الباقي .

الفصل الثالث

في : الملك

وأما الملك : فاذا ملك الرجل أو المرأة ، أحد الأبوين وإن علوا ، أو أحد الأولاد - ذكراناً وإناثاً - وإن نزلوا ، انعتق في الحال . وكذا لو ملك الرجل ، إحدى المحرمات عليه نسباً .

ولا ينعتق على المرأة سوى العمودين .

ولو ملك الرجل ، من جهة الرضاع ، من ينعتق عليه بالنسب ، هل ينعتق عليه ؟ فيه روايتان ، أشهرهما العتق .

ويثبت العتق ، حين يتحقق الملك .

ومن ينعتق كله بالملك ، ينعتق بعضه بملك ذلك البعض .

وإذا ملك شِقصاً ممن ينعتق عليه ، لم يقوَّم عليه إن كان معسراً . وكذا لو ملكه بغير اختياره . ولو ملكه اختياراً ، وكان موسراً ، قال الشيخ : يقوَّم عليه ، وفيه تردد .

---

(١) المسالك ٣ /١٠٧ : أعني مقبولي الشهادة . . .

فرعان

« الاول » : اذا أوصى لصبيٍ أو مجنون ، بمن ينعتق عليه ، فللولي أن يقبل ، إن لم يتوجه به ضرر على المولى عليه . فان كان فيه ضرر لم يجز القبول ، لأنه لا غبطة كالوصية بالمريض الفقير ، تفصياً من وجوب نفقته (١) .

« الثاني » : لو أوصى له ببعض من لا ينعتق عليه ، وكان مُعسراً ، جاز القبول ، ولو كان المولى عليه موسراً ، قيل : لا يقبل ، لأنه يلزمه افتكاكه (٢) ، والوجه القبول ، اذ الأشبه انه لا يقوّم عليه .

الفصل الرابع

في : العوارض *

وأما العوارض : فهي العمى : والجذام : والإقعاد . وإسلام المملوك في دار الحرب ، سابقاً على مولاه . ودفع قيمة الوارث .

وفي عتق من مثّل به مولاه تردد ، والمروي أنه ينعتق .

وقد يكون الاستيلاد سبباً للعتق ، فلنذكر الفصول الثلاثة في كتاب واحد ، لأن ثمرتها إزالة الرق .

---

(١) المسالك ٣ / ١٠٨ : بأن يكون زمناً أو غير كسوب ، لم يجز للولي القبول لئلا يتضرر الصبي بالانفاق عليه من ماله . . .

(٢) وفي « ه ٣ / ٢٣٧ » : انفكاكه .

كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاد

* كتاب التدبير *

التدبير : هو عتق العبد ، بعد وفاة المولى ، وفي صحة تدبيره ، بعد وفاة غيره كزوج المملوكة ، ووفاة من يُجعل له خدمته تردد ، وأظهره الجواز ، ومستنده النقل .

والعلم به يستدعي بيان ثلاثة مقاصد :

الأوّل

في : العبارة وما يحصل به التدبير

والصريح : أنت حر بعد وفاتي ، أو اذا مت فأنت حر أو عتيق أو معتق .

ولا عبرة باختلاف أدوات الشرط . وكذا لا عبرة باختلاف الألفاظ التي يعبر بها عن المدبر ، كقوله : هذا أو هذه أو أنت أو فلان . وكذا لو قال : متى مت ، أو أي وقت ، أو أي حين .

وهو ينقسم : إلى مطلق ، كقوله : إذا مت .

وإلى مقيَّد ، كقوله : إذا مت في سفري هذا ، أو من مرضي هذا ، أو في سنتي هذه ، أو في شهري ، أو في شهر كذا .

ولو قال : أنت مدبر واقتصر ، لم ينعقد .

أما لو قال : فاذا مت فأنت حر ، صحّ ، وكان الإعتبار بالصيغة لا بما تقدّمها .

ولو كان المملوك لشريكين ، فقالا : اذا متنا فأنت حر ، انصرف قول كل واحد منهما الى نصيبه ، وصح التدبير ، ولم يكن معلقاً على شرط ، وينعتق بموتهما ، ان خرج نصيب كل واحد منهما من ثلثه . ولو خرج نصيب أحدهما تحرر ، وبقي نصيب الآخر أو بعضه رقاً . ولو مات أحدهما ، تحرر نصيبه من ثلثه ، وبقي نصيب الآخر رقاً حتى يموت .

ويشترط في الصيغة المذكورة شرطان :

الاول : النية

فلا حكم : لعبارة الساهي ، ولا الغالِط ، ولا السكران ، ولا المُكْرَه الذي لا قصد له .

وفي اشتراط نية القربة تردد ، والوجه أنه غير مشترط .

الشرط الثاني : تجريدها عن الشرط والصفة

في قول : مشهور بين الأصحاب . فلو قال : ان قَدِم المسافر ، فأنت حر بعد وفاتي ، أو اذا أَهَلَّ شهر رمضان - مثلاً - ، لم ينعقد . وكذا لو قال : بعد وفاتي بسنة ، أو شهر . وكذا لو قال : ان أدَّيْت إلي ، أو الى ولدي كذا ، فأنت حر بعد وفاتي ، لم يكن تدبيراً ولا كتابةً .

والمدبَّرة رقٌ له وطؤها ، والتصرف فيها ، فان حملت منه لم يبطل التدبير . ولو مات مولاها ، عُتِقَت بوفاته من الثلث . وان عجز الثلث ، عُتِقَ ما بقي منها من نصيب الولد . ولو حملت بمملوك ، سواء كان عن عقد أو زنى أو شبهة ، كان مدبراً كأمه . ولو رجع المولى في تدبيرها ، لم يكن له الرجوع في تدبير ولدها . وقيل : له الرجوع ، والأول مروي .

وكذا المدبر ، اذا أتى بولد مملوك ، فهو مدبر كأبيه .

ولو دبرها ، ثم رجع في تدبيرها ، فأتت بولد لستة أشهر فصاعداً من حين رجوعه ، لم يكن مدبراً لإحتمال تجدده . ولو كان لدون ستة أشهر ، كان مدبراً لتحقق الحمل بعد التدبير .

ولو دبرها حاملاً ، قيل : إن علم بالحمل فهو مُدبَّر ، وإلا فهو رق ، وهي رواية الوشاء (١) ، وقيل : لا يكون مدبراً ، لأنه لم يُقصد بالتدبير ، وهو أشبه .

الثاني

في المباشر

ولا يصح التدبير : إلا من بالغٍ ، عاقلٍ ، قاصدٍ ، مختارٍ ، جائزِ التصرف :

فلو دبر الصبي ، لم يقع تدبيره . وروي : أنه اذا كان مميزاً ، له عشر سنين ، صحَّ تدبيره .

ولا يصح تدبير : المجنون ، ولا المكره ، ولا السكران ، ولا الساهي .

وهل يصح التدبير من الكافر ؟ الأشبه نعم ، حربياً كان أو ذمياً .

ولو دبر المسلم ، ثم ارتد ، لم يبطل تدبيره . ولو مات في حال ردَّته عُتِق المدبَّر ، هذا اذا كان ارتداده لا عن فطرة . ولو كان عن فطرة

---

(١) المسالك ٣ / ١١٠ : عن الرضا «ع» ، قال : سألته عن رجل دبر جارية وهي حبلى ، فقال : « إن كان علم بحبل الجارية ، فما في بطنها بمنزلتها ، وان كان لم يعلم ، فما في بطنها رق » .

لم ينعتق المدبر بوفاة المولى ، لخروج ملكه عنه ، وفيه تردد . ولو ارتد لا عن فطرة ، ثم دبّر ، صح على تردد . ولو كان عن فطرة لم يصح. وأطلق الشيخ الجواز ، وفيه إشكالٌ ، ينشأ من زوال ملك المرتد عن فطرة :

ولو دبر الكافر كافراً فأسلم ، بيع عليه (١) ، سواء رجع في تدبيره أم لم يرجع . ولو مات قبل بيعه ، وقبل الرجوع في التدبير ، تحرر من ثلثه . ولو عجز الثلث ، تحرر ما يحتمله ، وكان الباقي للوارث . فلو كان مسلماً ، استقر ملكه . وان كان كافراً ، بيع عليه .

ويصح تدبير الأخرس بالاشارة . وكذا رجوعه : ولو دبر صحيحاً ثم خرس ، ورجع بالاشارة المعلومة ، صحّ .

الثالث

في : الأحكام

وهي مسائل :

« الاولى » : التدبير بصفة الوصية ، يجوز الرجوع فيه قولاً ، كقوله: رجعت في هذا التدبير . وفعلاً : كأن يهب ، أو يعتق ، أو يقف ، أو يوصي ، سواء كان مطلقاً أو مقيداً . وكذا لو باعه ، بطل تدبيره . وقيل : ان رجع في تدبيره ثم باع ، صح بيع رقبته . وكذا إن قصد ببيعه الرجوع .

---

(٢) المسالك ١١١/٣ : اذا دبر الكافر عبده الكافر ، ثم اسلم العبد ، نظر إن رجع السيد عن التدبير بالقول ، بيع عليه وجوباً قولا واحداً ، والا ففي بيعه عليه قولان أظهرهما ذلك ، لانتفاء السبيل للكافر على المسلم . . .

وإن لم يقصد ، مضى للبيع في خدمته دون رقبته ، وتحرر بموت مولاه . ولو أنكر المولى تدبيره ، لم يكن رجوعاً . ولو ادعى المملوك التدبير ، وأنكر المولى فحلف ، لم يبطل التدبير في نفس الأمر .

« الثانية » : المدبر ينعتق بموت مولاه ، من ثلث مال المولى ، فان خرج منه ، وإلا تحرر من المدبر بقدر الثلث . ولو لم يكن له سواه ، عُتِقَ ثلثه . ولو دبَّر جماعةً ، فان خرجوا من الثلث ، وإلا عُتِقَ مَن يحتمله الثلث ، وبُدِئَ بالأول فالأول . ولو جهل الترتيب ، استخرجوا بالقرعة . ولو كان على الميت دين يستوعب التركة ، بطل التدبير ، وبيع المدبَّرون فيه ، وإلا بيع منهم بقدر الدين ، وتحرر ثُلث من بقي ، سواء كان الدين سابقاً على التدبير أو لاحقاً ، على الأصح . وكما يصح الرجوع في المدبر ، يصح الرجوع في بعضه .

« الثالثة » : اذا دبر بعضَ عبده ، لم ينعتق عليه الباقي . ولو كان له شريك ، لم يكلَّف شراء حصته . وكذا لو دبره بأجمعه ، ورجع في بعضه . وكذا لو دبر الشريكان ، ثم أعتق أحدهما ، لم يقوَّم عليه حصة الآخر . ولو قيل : يقوَّم ، كان وجهاً . ولو دبر أحدهما ثم أعتق ، وجب عليه فك حصة الآخر . ولو أعتق صاحب الحصة القن ، لم يجب عليه فك الحصة المدبرة ، على تردد .

« الرابعة » : إذا أبق المدبر ، بطل تدبيره ، وكان هو ومن يولد له بعد الإباق رقاً ، إن ولد له من أمة ، وأولاده قبل الإباق على التدبير . ولا يبطل تدبير المملوك لو ارتد . فان التحق بدار الحرب ، بطل ، لأنه إباق . ولو مات مولاه قبل فراره تحرر .

« الخامسة » : ما يكتسبه المدبر لمولاه ، لأنه رق . ولو اختلف المدبر والوارث ، فيما في يده بعد موت المولى ، فقال المدبر اكتسبته بعد الوفاة ،

فالقول قوله مع يمينه . ولو أقام كل منهما بينة ، فالبينة بيّنة الوارث .

« السادسة » : اذا جنى على المدبر بما دون النفس ، كان الأرش للمولى ، ولا يبطل التدبير . وإن قُتِل بطل التدبير ، وكانت قيمته للمولى يقوّم مدبراً .

« السابعة » : اذا جنى المدبر ، تعلق أرش الجناية برقبته ، ولسيده فكه بأرش الجناية ، وله بيعه فيها ، فان فكه فهو على تدبيره . وإن باعه وكانت الجناية تستغرقه ، فالقيمة لمستحق الأرش . وإن لم تستغرقه ، بيع منه بقدر الجناية ، والباقي على التدبير ، ولمولاه أن يبيع خدمته ، وله أن يرجع في تدبيره ثم يبيعه . وعلى ما قلناه : لو باع رقبته إبتداءً صحّ ، وكان ذلك نقضاً للتدبير ، وعلى رواية : إذا لم يقصد نقض التدبير ، كان التدبير باقياً ، وينعتق بموت المولى ولا سبيل عليه . ولو مات المولى قبل افتكاكه انعتق ، ولا يثبت أرش الجناية في تركة المولى .

« الثامنة » : اذا أَبِقَ المدبر ، بطل التدبير . ولو جعل خدمته لغيره ، مدة حياة المخدوم ، ثم هو حر بعد موت ذلك الغير ، لم يبطل تدبيره بإباقه .

فروع اربعة

« الاول » : اذا استفاد المدبر مالاً بعد موت مولاه ، فان خرج المدبر من الثلث ، فالكل له . وإلا كان له من الكسب ، بقدر ما تحرر منه ، والباقي للورثة .

« الثاني » : اذا كان له مال غائب عنه ، بقدر قيمته مرتين ، تحرر ثلثه . وكلما حصل من المال شيء ، تحرر من المدبر بنسبته ، وإن تلف استقر العتق في ثلثه .

« الثالث » : إذا كوتب ثم دبر ، صح . فان أدى مال الكتابة ، عتق بالكتابة وإن أخر حتى مات المولى ، عتق بالتدبير إن خرج من الثلث ، وإلا عتق منه الثلث وسقط من مال الكتابة بنسبته ، وكان الباقي مكاتباً ، أما لو دبره ثم كاتبه ، كان نقضاً للتدبير ، وفيه إشكال . أما لو دبره ثم قاطعه على مال ، ليعجّل له العتق ، لم يكن إبطالاً للتدبير قطعاً .

« الرابع » : اذا دبر حملاً صح ، ولا يسري الى أمه . ولو رجع في تدبيره ، صح . فان أتت به لأقل من ستة أشهر من حين التدبير ، صح التدبير فيه ، لتحققه وقت التدبير . وإن كان لأكثر ، لم يحكم بتدبيره ، لاحتمال تجدده وتوهم الحمل .

✡ كتاب المكاتبة ✡

وأما المكاتبة : فتستدعي بيان أركانها ، وأحكامها ، ولواحقها

الأوّل

في: الاركان ●

أما الاركان : فالصيغة ، والموجب ، والمملوك ، والعوض

● الصيغة ● :

●١● والكتابة : مستحبة ابتداء مع الأمانة والإكتساب (١) ، وتتأكد بسؤال المملوك ولو عُدِمَ الأمران ، كانت مباحة . وكذا لو عدم أحدهما :

وليست عتقاً بصفة (٢) ، ولا بيعاً للعبد من نفسه ، بل هي معاملة مستقلة ، بعيدة عن شبه البيع :

فلو باعه نفسه بثمن مؤجل ، لم يصح .

---

(١) المسالك ٣ / ١١٤ : ووجه اعتبار الأمانة ، لئلا يضيع ما يحصله ، ويصرفه الى السيد فيعتق . والقدرة على الاكتساب ، ليتمكن من تحصيل ما يؤديه . . .

(٢) الروضة ٦ / ٣٤٤ ـ ٣٤٥ : وهي شرط عوض ، معلوم على المملوك ، في أجل مضبوط . . . ، خلافاً لبعض العامة . .

ولا يثبت مع الكتابة خيار المجلس . ولا يصح من دون الأجل ، على الأشبه . ويفتقر ثبوت حكمها الى الإيجاب والقبول .

ويكفي في المكاتبة أن يقول : كاتبتك مع تعيين الأجل والعوض . وهل يفتقر الى قوله : فاذا أديت فأنت حر مع نية ذلك ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، بل يكتفي بالنية مع العقد . فاذا أدّى عتِق ، سواء نطق بالضميمة أو أغفلها ، وهو أشبه .

* ٢ * والكتابة قسمان : مشروطة ومطلقة .

فالمطلقة : أن يقتصر على العقد وذكر الأجل والعوض والنية .

والمشروطة : ان يقول مع ذلك ، فان عجزت فأنت رِدٌّ في الرق . فمتى عجز ، كان للمولى رده رقاً ، ولا يعيد عليه ما أخذه . وحد العجز أن يؤخر نجماً إلى نجم ، أو يعلم من حاله العجز عن فك نفسه ، وقيل: أن يؤخر نجماً عن محله ، وهو مروي . ويستحب : للمولى مع العجز الصبر عليه .

* ٣ * والكتابة : عقد لازم ، مطلقة كانت أو مشروطة . وقيل : إن كانت مشروطة ، فهي جائزة من جهة العبد ، لأن له أن يُعجِز نفسه والاول أشبه .

ولا نسلم أن للعبد أن يعجز نفسه ، بل يجب عليه السعي ، ولو امتنع يجبر . وقال الشيخ رحمه : لا يجبر ، وفيه إشكال ، من حيث اقتضاء عقد المكاتبة وجوب السعي ، فكان الأشبه الإجبار . لكن لو عجز ، كان للمولى الفسخ.

ولو اتفقا على التقايل ، صح ، وكذا لو أبرأه من مال الكتابة . وينعتق بالإبراء . ولا تبطل بموت المولى .

وللوارث المطالبة بالمال ، وينعتق بالأداء الى الوارث .

ويعتبر في الموجب :

البلوغ . وكمال العقل . والإختيار . وجواز التصرف .

وهل يعتبر الإسلام ؟ فيه تردد ، والاشبه (١) عدم الإشتراط . فلو كاتب مملوكه الذمي ، على خمر أو خنزير وتقابضا ، حُكِمَ عليهما بالتزام ذلك . ولو أسلما ، لم تبطل . وإن لم يتقابضا ، كان عليه القيمة .

ويجوز لولي اليتيم ، أن يكاتب مملوكه ، مع اعتبار الغبطة للمولى عليه . وفيه قول : بالمنع .

ولو ارتد ثم كاتب لم يصح ، إما لزوال ملكه عنه ، أو لأنه لا يقر المسلم في ملكه .

ويعتبر في المملوك :

البلوغ ، وكمال العقل ، لأنه ليس لأحدهما أهلية القبول . وفي كتابة الكافر تردد ، أظهره المنع ، لقوله تعالى : « فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً » .

وأما الأجل : ففي اشتراطه خلاف ، فمن الأصحاب من أجاز الكتابة حالّة ومؤجلة ، ومنهم من اشترط الأجل ، وهو الأشبه . لأن ما في يد المملوك لسيده ، فلا يصح المعاملة عليه . وما ليس في ملكه ، يتوقع حصوله ، فيتعين ضرب الأجل . ويكفي أجل واحد ، ولا حد في الكثرة ، اذا كانت معلومة .

ولابد أن يكون وقت الأداء معلوماً . فلو قال : كاتبتك على أن تؤدي إلي كذا في سنة ، بمعنى أنها ظرف الأداء ، لم يصح .

ويجوز أن تتساوى النجوم وأن تختلف ، وفي اعتبار اتصال الأجل بالعقد ، تردد .

---

(١) وفي « ٣٨ / ٢٤٠ / » : « والوجه » بدلا من « والاشبه » .

ولو قال : كاتبك على خدمة شهر ، ودينار بعد الشهر ، صح إذا كان الدينار معلوم الجنس ، ولا يلزم تأخير الدينار الى أجل آخر .

ولو مرض العبد شهر الخدمة ، بطلت الكتابة ، لتعذر العوض . ولو قال : على خدمة شهر بعد هذا الشهر ، قيل : يبطل على القول باشتراط اتصال المدة بالعقد ، وفيه تردد . ولو كاتبه ثم حبسه مدة ، قيل : يجب أن يؤجله مثل تلك المدة ، وقيل : لا يجب ، بل يلزمه أجرته لمدة احتباسه ، وهو أشبه .

وأما العوض

فيعتبر فيه : أن يكون ديناً ، منجماً ، معلوم القدر والوصف ، مما يصح تملكه للمولى .

فلا يصح الكتابة على عين ، ولا مع جهالة العوض ، بل يذكر في وصفه كلما يتفاوت الثمن لأجله ، بحيث ترتفع الجهالة . فان كان من الأثمان ، وصفه كما يصفه في النسيئة . وإن كان عوضاً ، وصفه كصفته في السلم .

ويجوز أن يكاتبه بأي ثمن شاء ، ويكره أن يتجاوز قيمته .

ويجوز المكاتبة على منفعة ، كالخدمة والخياطة والبناء ، بعد وصفه بما يرفع الجهالة . وإذا جمع بين كتابة وبيع وإجارة ، أو غير ذلك من عقود المعاوضات ، في عقد واحد صح ، ويكون مكاتبته بحصة ثمنه من البذل .

وكذا يجوز أن يكاتب الاثنان عبداً ، سواء اتفقت حصصهما أو اختلفت ، تساوى العوضان أو اختلفا . ولا يجوز أن يدفع الى أحد الشريكين دون صاحبه . ولو دفع شيئاً كان لهما . ولو أذن أحدهما لصاحبه جاز .

ولو كاتب ثلاثةً في عقد واحد صح ، وكان كل واحد منهم مكاتباً بحصة ثمنه من المسمى ، ويعتبر القيمة وقت العقد ، وأيُّهم أدى حصته عتَقَ ، ولا يتوقف على أداء حصة غيره . وأيُّهم عجز ، رق دون غيره .

ولو اشترط كفالةَ كل واحد منهم صاحبه ، وضمان ما عليه ، كان الشرط والكتابة صحيحين .

ولو دفع المكاتب ما عليه ، قبل الأجل ، كان الخيـــار لمولاه في القبض والتأخير .

ولو عجز المكاتب المطلق ، كان على الامام أن يفكه من سهم الرقاب .

والمكاتبة الفاسدة لا يتعلق بها حكم ، بل تقع لاغية .

الثاني

في الاحكام *

وأما الاحكام : فتشتمل على مسائل

« الاولى » : اذا مات المكاتب ، وكان مشروطاً ، بطلت الكتابة ، وكان ما تركه لمولاه ، وأولاده رق . وان لم يكن مشروطاً ، تحرر منه بقدر ما أداه ، وكان الباقي رقاً ، ولمولاه من تركته بقدر ما فيه من رق ولورثته بقدر ما فيه من حرية . ويؤدي الوارث من نصيب الحرية ، ما بقي من مال الكتابة . وان لم يكن له مال ، سعى الأولاد فيما بقي على ابيهم ، ومع الاداء ينعتق الأولاد . وهل للمولى اجبارهم على الاداء ؟ فيه تردد ، وفيه رواية اخرى : تقتضي اداء ما تخلّف من أصل التركة ، ويتحرر

الأولاد وما يبقى فلهم ، والأول أشهر . ولو أُوصِيَ له بوصية ، صح له منها بقدر ما فيه من حرية ، وبطل فيما زاد . ولو وجب عليه حد ، أُقيم عليه من حد الاحرار بنسبة الحرية ، وبنسبة الرقية من حد العبيد . ولو زنى المولى بمكاتبته ، سقط عنه من الحد ، بقدر ماله فيها من الرقية وحُدَّ بالباقي .

« الثانية » : ليس للمكاتب التصرف في ماله ، ببيع ولا هبة ولا عتق ولا إقراض ، إلا باذن مولاه . ولا يجوز للمولى التصرف في مال الكتابة ، الا بما يتعلق بالاستيفاء . ولا يجوز له وطء المكاتبة بالملك ولا بالعقد . ولو طاوعت حُدَّت . ولا يجوز لو وطأ أمة المكاتب . ولو وطأ لشبهة ، كان عليه المهر . وكل ما يكتسبه المكاتب قبل الاداء وبعد الاداء فهو له ، لان تسلط المولى زال عنه بالكتابة . ولا تتزوج المكاتبة الا باذنه . ولو بادرت ، كان عقدها موقوفاً (١) ، مشروطةً كانت أو مطلقة . وكذلك ليس للمكاتب وطء أمة يبتاعها ، إلا باذن مولاه ، ولو كانت كتابته مطلقة .

« الثالثة » : كل ما يشترطه المولى على المكاتب ، في عقد المكاتبة ، يكون لازماً ، ما لم يخالف الكتاب والسنة .

« الرابعة » : لا يدخل الحمل في كتابة أمه ، لكن لو حملت بمملوك بعد الكتابة ، كان حكم اولادها كحكمها ، ينعتق منهم بحسابها . ولو تزوجت بحر ، كان أولادها أحراراً . ولو حملت من مولاها ، لم تبطل الكتابة . فان مات ، وعليها شيء من الكتابة ، تحررت من نصيب ولدها . وإن لم يكن لها ولد ، سعت في مال الكتابة للوارث .

« الخامسة » : المشروط رق ، وفطرته على مولاه . ولو كان مطلقاً

---

(١) ش ٣ / ٢٤٢ / هـ : إما على اجازة المولى ، أو على أداء مال الكتابة .

لم يكن عليه فطرته : واذا وجبت عليه كفارة ، كفّر بالصوم . ولو كفّر بالعتق ، لم يجز : وكذا لو كفر بالاطعام . ولو كان المولى اذن له قيل : لم يجز ، لانه كفر بما لم يجب عليه :

« السادسة » : اذا ملك المملوك نصف نفسه ، كان كسبه بينه وبين مولاه . ولو طلب احدهما المهاياة ، أُجبِرَ الممتنع ، وقيل : لا يجبر ، وهو أشبه .

« السابعة » : لو كاتب عبده ومات ، فأبرأه احد الوُرّاث من نصيبه من مال الكتابة ، أو أعتق نصيبه ، صح ولا يقوّم عليه الباقي :

« الثامنة » : من كاتب عبده ، وجب عليه أن يعينه من زكاته ، إن وجبت عليه : ولا حد له ، قلةً ولا كثرةً : ويستحب التبرع بالعطية إن لم تجب :

« التاسعة » : لو كان له مكاتبان ، فأدى أحدهما واشتبه ، صبر عليه لرجاء التذكر : فان مات المولى ، استخرج بالقرعة . ولو ادعيا على المولى العلم ، كان القول قوله مع يمينه ، ثم يقرع بينهما لاستخراج المكاتب.

« العاشرة » : يجوز بيع مال الكتابة ، فان أدى المكاتب مال الكتابة انعتق . وإن كان مشروطاً فعجز ، وفسخ المولى ، صار رقاً لمولاه . ويجوز بيع المشروط بعد عجزه مع الفسخ ، ولا يجوز بيع المطق :

« الحادية عشرة » : اذا زوج بنته من مكاتبه ثم مات ، فملكته ، انفسخ النكاح بينهما :

« الثانية عشرة » : اذا اختلف السيد والمكاتب ، في مال الكتابة ، أو في المدة أو في النجوم ، فالقول قول السيد مع يمينه : ولو قيل : القولُ قول المنكِرِ زيادةَ المال والمدة ، كان حسناً :

« الثالثة عشرة » : اذا دفع مال الكتابة ، وحكم بحريته ، فبان

العوض معيباً ، فان رضي المولى فلا كلام . وإن رده ، بطل العتق المحكوم به ، لانه مشروط بالعوض . ولو تجدد في العوض عيب ، لم يمنع من الرد بالعيب الاول ، مع أرش الحادث ، وقال الشيخ : يمنع ، وهو بعيد .

« الرابعة عشرة » : اذا اجتمع على المكاتب ديون مع مال الكتابة فان كان ما في يده يقوم بالجميع ، فلا بحث . فان عجز وكان مطلقاً تحاصّ فيه الدُيّان والمولى . وإن كان مشروطاً ، قُدِّم الدين ، لأن في تقديمه حفظاً للحقين . ولو مات ، وكان مشروطاً ، بطلت الكتابة ، ودفع ما في يده الى الديون خاصة . ولو قصر ، قسم بين الديان بالحصص ، ولا يضمنه المولى ، لأن الدين تعلق بذلك المال فقط .

« الخامسة عشرة » : يجوز أن يكاتب بعض عبده ، إذا كان الباقي حراً ، أو رقاً له ، ومنعه الشيخ . ولو كان الباقي رقاً لغيره فاذن صح . وان لم يأذن ، بطلت الكتابة ، لانها تتضمن ضرر الشريك ، ولأن الكتابة ثمرتها الاكتساب ، ومع الشركة لا يتمكن من التصرف .

الثالث

في : اللواحق .

وأما اللواحق : فتشتمل على مقاصد

الاول : في لواحق تصرفاته

وقد بينا : أنه لا يجوز أن يتصرف بما ينافي الاكتساب ، من هبة

أو محاباة أو إقراض أو إعتاق ، الا باذن مولاه . وكما يصح أن يهب من الأجنبي باذن المولى ، فكذا هبته لمولاه . ونريد أن نلحق هنا مسائل :

« الاولى » : المراد من الكتابة تحصيل العتق ، وإنما يتم باطلاق التصرف في وجوه الاكتساب . فيصح أن يبيع من مولاه ومن غيره ، وأن يشتري منه ومن غيره ، ويتوخى ما فيه الغبطة في معاوضاته . فيبيع بالحال لا بالمؤجل ، الا أن يسمح المشتري بزيادة عن الثمن ، فيعجل مقدار الثمن ويؤخر الزيادة . أما هو فلو ابتاع بالدين جاز . وكذا ان استسلف . وليس له أن يرهن ، لأنه لاحظ له ، وربما تلف منه . وكذا ليس له أن يدفع قراضاً .

« الثانية » : اذا كان للمكاتب على مولاه مال ، وحل نجم ، فان كان المالان متساويين جنساً ووصفاً تهاترا . ولو فضل لأحدهما ، رجع صاحب الفضل . وإن كانا مختلفين ، لم يحصل التقاص إلا برضاهما ، وهكذا حكم كل غريمين . واذا تراضيا ، كفى ذلك ، ولو لم يقبض الذي له ، ثم يعيده عوضاً ، سواء كان المال أثماناً أو أعواضاً ، وفيه قول آخر بالتفصيل .

« الثالثة » : اذا اشترى أباه بغير إذن مولاه ، لم يصح . ولو اذن له ، صح . وكذا لو أوصى له به ، ولم يكن في قبوله ضرر ، بأن يكون مكتسباً يستغني بكسبه . واذا قبله ، فان أدى مال الكتابة ، عتق المكاتب وعتق الآخر مع عتقه . وإن عجز ففسخ المولى ، استرقهما ، وفي استرقاق الأب تردد .

« الرابعة » : اذا جنى عبد المكاتب ، لم يكن له أن يفكه بالأرش إلا أن يكون فيه الغبطة له . ولو كان المملوك أبا المكاتب ، لم يكن له افتكاكه بالأرش ، ولو قصر عن قيمة الأب ، لأنه يتعجل باتلاف مال

له التصرف فيه ، ويستبقى ما لا ينتفع به ، لأنه لا يتصرف في أبيـــه ، وفي هذا تردد .

المقصد الثاني : في جناية المكاتب والجناية عليه

وفيه قسمان :

الأول : في مسائل المشروط

وهي سبع :

« الاولى » : اذا جنى المُكاتَب على مولاه عمداً ، فان كانت نفساً فالقصاص للوارث . فان اقتص ، كان كما لو مات (١) . وإن كانت طرفاً ، فالقصاص للمولى . فان اقتص ، فالكتابة بحالها . وان كانت الجناية خطأً ، فهي تتعلق برقبته . وله أن يفدي نفسه بالأرش ، لأن ذلك يتعلق بمصلحته . فان كان ما بيده بقدر الحقَّين (٢) ، فمع الأداء ينعتق . وإن قصر ، دفع أرش الجناية . فان ظهر عجزه ، كان لمولاه فسخ الكتابة . وان لم يكن له مال أصلاً وعجز ، فان فسخ المولى ، سقط الأرش ، لأنه لا يثبت للمولى في ذمة المملوك مال ، وسقط مال الكتابة بالفسخ .

« الثانية » : اذا جنى على أجنبي عمداً ، فان عفا فالكتابة بحالها ، وان كانت الجناية نفساً ، واقتص الوارث ، كان كما لو مات . وان كان خطأ ، كان له فك نفسه بأرش الجناية . ولو لم يكن له مال ، فللأجنبي بيعه في أرش الجناية ، الا أن يفديه السيد . فان فداه فالكتابة بحالها .

---

(١) المسالك ٣ / ١٢٤ : وبطلت الكتابة « بتصرف » .

(٢) ن ٣ / ١٢٥ : الارش ومال الكتابة .

« الثالثة » : لو جنى عبدُ المكـاتب خطأً ، كان للمكاتب فكه بالأرش ، إن كان دون قيمة العبد . وإن كان اكثر ، لم يكن له ذلك . كما ليس له أن يبتاع بزيادة عن ثمن المثل .

« الرابعة » : اذا جنى على جماعة ، فان كان عمداً ، كان لهـم القصاص . وإن كان خطأً ، كان لهم الأرش متعلقاً برقبته . فان كان ما في يده يقوّم بالأرش ، فله افتكاك رقبته . وإن لم يكن له مـال ، تساووا في قيمته بالحصص .

« الخامسة » : إذا كان للمكاتب أبٌ ، وهو رقه ، فقتل عبداً له ، لم يكن له القصاص ، كما لا يقتص منه في قتل الولد . ولو كان للمكاتب عبيد ، فجنى بعضهم على بعض ، جاز له الاقتصاص حسماً لمادة التوثب.

« السادسة » : اذا قُتِلَ المكاتب ، فهو كما لو مات . وإن جُنِيَ على طرفه عمداً ، وكان الجاني هو المولى ، فلا قصاص ، وعليه الأرش ؛ وكذا ان كان أجنبياً حراً ، وإن كان مملوكاً ، ثبت القصـاص ؛ وكل موضع يثبت فيه الأرش ، فهو للمكاتب ، لأنه من كسبه .

« السابعة » : اذا جنى عبد المولى على مكاتبه عمداً ، فأراد القصاص فللمولى منعه . ولو كان خطأً ، فأراد الأرش ، لم يملك منعه ، لانـه بمنزلة الاكتساب . فلو أراد الإبراء ، توقف على رضا السيد .

* الثاني : في المطلق *

وأما المطلق : فاذا ادى من مكاتبته شيئاً ، تحرر منه بحسابه .

فان جنى هذا المكاتب ، وقد تحرر منه شيء ، جنايةً عمداً على حر اُقتص منه .

ولو جنى على مملوك ، لم يقتص منه ، لما فيه من الحرية ، ولزمه من أرش الجناية بقدر ما فيه من الحرية ، وتعلق برقبته منها بقدر رقيته .

ولو جنى على مكاتب مساوٍ له ، اقتص منه : وإن كانت حرية الجاني أزيد ، لم يقتص : وإن كانت أقل ، اُقتص منه :

ولو كانت الجناية خطأً ، تعلّق بالعاقلة بقدر الحرية ، وبرقبته بقدر الرقية . وللمولى أن يفدي نصيب الرقية ، بنصيبها من أرش الجناية ، سواء كانت الجناية على عبد او حر :

ولو جنى عليه حر ، فلا قصاص ، وعليه الأرش : وإن كان رقاً اقتص منه :

المقصد الثالث : في أحكام المكاتب في الوصايا

وفيه مسائل :

« الاولى » : لا تصح الوصية برقبة المكاتب ، كما لا يصح بيعه . نعم لو أضاف الوصية به ، الى عوده في الرق جاز ، كما لو قال : ان عجز وفسخت كتابته ، فقد اوصيت لك به : ويجوز الوصية بمال الكتابة ، ولو جمع بين الوصيتين ، لواحد أو لاثنين ، جاز .

« الثانية » : لو كاتبه مكاتبةً فاسدة ، ثم أوصى به جاز . ولو أوصى بما في ذمته ، لم يصح (١) : وإن قال : فان قبضت منه ، فقد أوصيت به لك ، صحّ (٢) :

« الثالثة » : اذا أوصى أن يوضع عن مكاتبه اكثر ما بقي عليه ، فهو وصيته بالنصف وزيادة ، وللورثة المشيّة في تعيين الزيادة . ولو قال : ضعوا عنه اكثر ما بقي عليه ومثله ، فهو وصيته بما عليه ، وبطلت في

(١) المسالك ٣ / ١٢٦ : لانه لم يثبت له بها شيء .

(٢) ش ٣ / ٢٤٤ / هـ : النجوم المدة المعروفة لاجل مال الكتابة ، والمراد هنا مال الكتابة « ع ل » .

الزائد . ولو قال : ضعوا عنه ما شاء ، فان شاء وأبقى شيئاً ، صحّ : وان شاء الجميع ، قيل : لا يصح ، ويبقى منه شيء بقرينة حال اللفظ :

« الرابعة » : اذا قال : ضعوا عنه أوسط نجومه (١) ، فان كان فيها أوسط عدداً (٢) أو قدراً ، انصرف اليه . وان اجتمع الأمران ، كان الورثة بالخيار في أيهما شاء ، وقيل : تستعمل القرعة ، وهو حسن : وان لم يكن أوسط ، لا قدراً ولا عدداً ، اجمع بين نجمين ليتحقق الاوسط فيؤخذ من الاربعة الثاني والثالث ، ومن الستة الثالث والرابع :

« الخامسة » : اذا أعتق مكاتبه في مرضه ، أو أبرأه من مال الكتابة فان برِءَ ، فقد لزم العتق والإبراء . وإن مات خرج من ثلثه ، وفيه قول آخر : إنه من اصل التركة . فان كان الثلث ، بقدر الاكثر من قيمته ومال الكتابة ، عُتِقَ . وإن كان احدهما اكثر ، اُعتبر الاقل : فان خرج الاقل من الثلث ، عُتِقَ واُلغِيَ الاكثر . وإن قصر الثلث عن الاقل ، عتق منه ما يحتمله الثلث به ، وبطلت الوصية في الزائد ، ويسعى في باقي الكتابة . وإن عجز ، كان للورثة أن يسترقوا منه ، بقدر ما بقي عليه .

« السادسة » : اذا أوصى بعتق المكاتب ، فمات وليس له سواه ، ولم يحل مال الكتابة ، يعتق ثلثه معجلاً ، ولا ينتظر بعتق الثلث حلول الكتابة . لانه إن أدى ، حصل للورثة المال ، وإن عجز ، استرقوا ثلثيه ويبقى ثلثاه مكاتباً ، يتحرر عند أداء ما عليه :

---

(١) ش ٣ / ٢٤٤ / هـ : المراد بالعدد مقدر المدة كالشهر مثلا .

(٢) ن : مثال الاوسط عدداً ، ثلاثة نجوم ، كل نجم منها دينار في شهر مثلا . مثال الاوسط قدراً ، أربعة نجوم ، اثنان منها ديناران ، والثالث ثلاثة ، والرابع أربعة ، فان الاوسط قدر وهو الثالث . . . « ع ل » .

« السابعة » : اذا كاتب المريضُ عبدَه ، اُعتبر من الثلث ، لأنه معاملة على ماله بماله (١) ، فجرت المكاتبة مجرى الهبة : وفيه قول آخر : أنه من أصل المال ، بناء على القول بأن المنجَّزات من الأصل : فان خرج من الثلث ، نُفذت الكتابة فيه أجمع ، وينعتق عند اداء المال . وإن لم يكن سواه ، صحت في ثلثه ، وبطلت في الباقي :

---

(١) المسالك ٣ / ١٢٨ : لانه معاملة على ماله بماله ، جواب عن سؤال مقدر ، وتقريره : أن الكتابة معاوضة مالية ، لانها إما بيع العبد من نفسه أو عتق بعوض فالعوض حاصل على التقديرين وهو واصل إلى الورثة في مقابلة العبد . . .

* كتاب الاستيلاد *

وأما الاستيلاد فيستدعي بيان امرين :

الأوّل

في : كيفية الاستيلاد

وهو يتحقق بعُلوق أمته منه في مُلكه . ولو أولد أمةَ غيره مملوكاً ثم ملكها ، لم تصر أمَّ ولده .

ولو أولدها حراً (١) ، ثم ملكها ، قال الشيخ : تصير أم ولده ، وفي رواية ابن مارد : لاتصير أمّ ولده .

ولو وطأ المرهونة،فحملت ، دخلت في حكم امهات الاولاد .وكذا لو وطأ الذمي أمته ، فحملت منه . ولو أسلمت بيعت عليه ، وقيل : يحال بينه وبينها ، وتجعل على يد إمرأة ثقة ، والاول أشبه .

---

(١) المسالك ٣ / ١٢٨ : بان تزوجها في حال حريته .

الثاني

في : الاحكام المتعلقة بأم الولد

وفيه مسائل :

« الاولى » : أم الولد مملوكة ، لا تتحرر بموت المولى ، بل من نصيب ولدها ، لكن لا يجوز للمولى بيعها ، ما دام ولدها حياً ، الا في ثمن رقبتها ، اذا كان ديناً على المولى . ولا وجه لأدائه إلا منهـا ؛ ولو مات ولدها رجعت طلقاً ، وجاز التصرف فيها ، بالبيع وغيره من التصرفات.

« الثانية » : اذا مات مولاها ، وولدها حيٌّ ، جُعِلَتْ في نصيب ولدها وعُتِقَتْ عليه . ولو لم يكن سواها ، عُتِقَ نصيب ولدها منها ، وسعت في الباقي . وفي رواية تقوَّم على ولدها ، إن كان موسراً ؛ وهي مهجورة؛

« الثالثة » : اذا أوصى لأم ولده ، قيل : تنعتق من نصيب ولدها وتُعطى الوصية . وقيل : تنعتق من الوصية ، فان فضل منها شيء ، عُتِقَتْ من نصيب ولدها ، وهو أشبه .

« الرابعة » : اذا جنت أم الولد خطأً ، تعلَّقت الجناية برقبتها ، وللمولى فكّها . وبكم يفكها ؟ قيل : بأقل الأمرين من أرش الجناية وقيمتها وقيل : بأرش الجناية ، وهو الاشبه . وإن شاء دفعها الى المجنيِّ عليه ؛ وفي رواية مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام : جنايتها في حقوق الناس على سيدها . ولو جنت على جماعة ، فالخيار للمولى ايضاً بين فديتها ، أو تسليمها الى المجني عليهم أو ورثتهم ، على قدر الجنايات .

« الخامسة » : روى محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام : في وليدة نصرانية ، أسلمت عند رجل ، وولدت منه غلاماً ومات ، فأُعتِقت وتزوجت نصرانياً وتنصَّرت ، وولدت . فقال عليه السلام : ولدها لابنها من سيدها ، وتُحبَس حتى تضع . فاذا ولدت فاقتلها : وفي النهاية : يفعل بها ما يفعل بالمرتدة ، والرواية شاذة .

كتاب الأقرار

والنظر

في

الأركان

واللواحق

وأركانه : أربعة

الأوّل

في : الصيغة

وفيها مقاصد :

المقصد الأوّل

في : الصيغة الصريحة

وهي اللفظ المتضمن للاخبار عن حق واجب . كقوله : لك علي ، أو عندي ، أو في ذمتي ، أو ما أشبهه :

ويصح الإقرار بغير العربية ، إضطراراً وإختياراً :

ولو قال : لك علي كذا إن شئتُ أو إن شئتَ ، لم يكن إقراراً :

وكذا لو قال : إن قدم زيد . وكذا إن رضي فلان أو إن شهد :

ولو قال : إن شهد لك فلان ، فهو صادق ، لزمه الاقرار في الحال لأنه اذا صدق وجب الحق وإن لم يشهد :

وإطلاق الاقرار بالموزون ، ينصرف الى ميزان البلد ، وكذا المكيل وكذا اطلاق الذهب والفضة ، ينصرف الى النقد الغالب في بلد الإقرار:

ولو كان نقدان غالبان ، أو وزنان مختلفان ، وهما في الاستعمال سواء ، رجع في التعيين الى المُقِرّ .

ولو قال : له علي درهم ودرهم ، لزمه إثنان (١) . وكذا ثم درهم أو قال درهم فدرهم .

أما لو قال : فوق درهم ، أو مع درهم ، أو قبل درهم ، أو بعده لزمه درهم واحد ، لاحتمال أن يكون أراد مع درهم لي ، فيقتصر على المتيقَّن . وكذا لو قال : درهم في عشرة ، ولم يُرِد الضرب .

ولو قال : غصبته ثوباً في منديل ، أو حنطة في سفينة ، أو ثياباً في عيبة ، لم يدخل الظرف في الإقرار .

ولو قال : له عبد عليه عِمامة ، كان إقراراً بهما ، لأن له أهلية الإمساك (٢) . وليس كذلك لو قال : دابة عليها سرج .

ولو قال : له قفيز حنطة ، بل قفيز شعير ، لزمه القفيزان . وكذا لو قال : له هذا الثوب ، بل هذا الثوب .

اما لو قال : له قفيز ، بل قفيزان ، لزمه القفيزان حسب . ولو قال : له درهم ، بل درهم ، لزمه درهم واحد .

ولو أقر لميتٍ بمالٍ ، وقال : لا وارث له غير هـذا ، اُلزِمَ التسليم اليه .

ولو قال له : علي ألف ، اذا جاء رأس الشهر ، لزمه الألف . وكذا لو قال : اذا جاء رأس الشهر ، فله علي ألف . ومنهم من فرّق وليس شيئاً .

---

(١) المسالك ٣ / ١٢٩ : لان العطف ، يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه ولا يعطف الشيءُ على نفسه .

(٢) ن ٣ / ١٣٠ : وتقريره : أن للعبد يداً على ملبوسه ، وما في يد العبد ، فهو في يد سيده ، فاذا أقر بالعبد للغير ، كان ما في يده لذلك الغير ، بخلاف المنسوب إلى الدابة فانه لا يد لها على ما هو عليها . . .

ولو قال المالك : بعتك أباك ، فاذا حلف الولد (١) ، انعتق المملوك ، ولم يلزمه الثمن .

ولو قال : ملكت هذه الدار من فلان ، أو غصبتها منه ، أو قبضتها منه ، كان إقراراً له بالدار . وليس كذلك لو قال : تملكتها على يده ، لأنه يحتمل المعونة .

ولو قال : كان لفلان علي ألف ، لزمه الإقرار ، لانه إخبار عن تقدم الاستحقاق ، فلا يقبل دعواه في السقوط .

المقصد الثاني

في : المبهمة

وفيها مسائل :

« الاولى » : اذا قال له : عليّ مالٌ ، أُلزِمَ التفسير ، فان فسّر بما يُتَموَّل (٢) قُبِلَ ، ولو كان قليلاً . ولو فسر بما لم تجر العادة بتموّله كقشر اللوزة والجوزة ، لم يُقبل . وكذا لو فسر المسلم ، بما لا يملكه ولا ينتفع به ، كالخمر والخنزير وجلد الميتة ، لأنه لا يُعد مالاً . وكذا لو فسره ، بما ينتفع به ولا يملك ، كالسرجين النجس والكلب العقور : أما لو فسره بكلب الصيد ، أو الماشية ، أو كلب الزرع ، قُبِل .

---

(١) المسالك ٣ / ١٣١ : على انكاره الشراء ، فالقول قوله : في عدم الشراء لانه منكر ، فينتفي عنه الثمن كما ينتفي عنه أصل الشراء . . . « بتصرف » .

(٢) الروضة ٦ / ٣٨٩ : أي يعد مالا عرفاً .

ولو فسره برد السلام لم يقبل ، لانه لم تجر العادة ، بالإخبار عن ثبوت مثله في الذمة .

« الثانية » : اذا قال : له علي شيء ، ففسره بجلد الميتة أو السرجين النجس ، قيل : يُقبل لانه شيء . ولو قيل : لا يُقبل ، لانه لا يثبت في الذمة ، كان حسناً . ولو قال : مالٌ جليلٌ ، أو عظيم ، أو خطير ، أو نفيس ، قُبِلَ تفسيره ولو بالقليل . ولو قال : كثيرٌ ، قال الشيخ : يكون ثمانين ، رجوعاً في تفسير الكثرة الى رواية النذر (١) ، وربما خصها بعض الاصحاب بموضع الورود ، وهو حسن . وكذا لو قال : عظيم جداً كان كقوله عظيم ، وفيه تردد . ولو قال : اكثر من مال فلان ، أُلزِمَ بقدره وزيادة ، ويرجع في تلك الزيادة الى المقِرّ . ولو قال : كنت أظن ماله عشرة ، قُبِل ما بني عليه إقراره ، ولو ثبت أن مال فلان يزيد عن ذلك ، لان الانسان يخبر عن وهمه ، والمال قد يخفى على غير صاحبه . ولو قال : غصبتك شيئاً ، وقال : أردت نفسك ، لم يُقبل .

« الثالثة » : الجمع المُنَكَّر يُحمل على الثلاثة ، كقوله : له علي دراهم أو دنانير . ولو قال : ثلاثة آلاف واقتصر ، كان بيان الجنس اليه اذا فسر بما يصح تملكه .

« الرابعة » : اذا قال : له ألف و درهم ، ثَبَتَ الدرهم ، ويُرجع في تفسير الالف اليه . وكذا لو قال : ألف و درهمان . وكذا لو قال : مئة و درهم ، أو عشرة و درهم . أما لو قال مئة وخمسون درهماً ، كان الجميع دراهم ، بخلاف مئة درهم . وكذا لو قال : ألف وثلاثة دراهم . وكذا لو قال : ألف ومئة درهم ، أو ألف وثلاثة وثلاثون درهماً .

---

(١) المسالك ٣ / ١٣٢ : بناء على الرواية التي تضمنت ، أن من نذر الصدقة بمال كثير ، يلزمه الصدقة بثمانين درهماً .

ولو قال : علي درهم وألف ، كانت الألف مجهولة .

« الخامسة » : لو قال : له علي كذا ، كان اليه التفسير ، كما لو قال : شيء . ولو فسره بالدرهم ، نصباً أو رفعاً ، كان إقراراً بدرهم . وقيل : إن نصب ، كان له عشرون (١) . وقد يمكن هـذا مع الاطـلاع على القصد . وإن خفض احتمل بعض الدرهـم ، واليه تفسير البعضية . وقيل : يلزمه مئة درهم (٢) ، مراعاةً لتجنب الكسر . ولست أدري ، من أين نشأ هذا الشرط ؟ ولو قال : كذا كذا فان اقتصر ، فاليه التفسير . وان أتبعه بالدرهم نصباً أو رفعاً ، لزمه درهم وقيل : إن نصب لزمه أحد عشر درهماً . ولو قال : كذا وكذا درهماً ، نصباً أو رفعاً ، لزمه درهم ، وقيل : إن نصبه ، لزمه أحد وعشرون ، والوجه الإقتصار على اليقين ، إلا مع العلم بالقصد .

« السادسة » : اذا قال : هذه الدار لأحد هذين ، ألزم البيان . فان عيّن ، قُبِل . ولو ادعاها الآخر ، كانا خصمين . ولو ادعى على المُقِر العلم ، كان له إحلافه . ولو أقر للآخر ، لزمه الضمان . وإن قال : لا أعلم ، دفعها اليهما وكانا خصمين . ولو ادعيا أو أحدهما علمه ، كان القول قوله مع يمينه .

« السابعة » : اذا قال : هذا الثوب ، أو هذا العبد لزيد ، فان عيّن قُبِل منه ، وإن أنكر المقر له ، كان القول قول المقر مع يمينه . وللحاكم انتزاع ما أقر به ، وله إقراره في يده .

---

(١) المسالك ٣ / ١٣٣ : وقال الشيخ في المبسوط ، يلزمه مع النصب عشرون درهماً لان أقل عدد مفرد بنصب مميزه عشرون ، إذ فوقه ثلاثون إلى تسعين ، فيلزمه الاقل لانه المتيقن . . .

(٢) ن : لانه أقل عدد مفرد مميزه مجرور ، إذ فوقه الالف ، فيحمل على الاقل . . .

« الثامنة » : اذا قال : لفلان علي ألف ، ثم دفع اليه ، وقال : هذه التي كنت أقررت بها كانت وديعة ، فان أنكر المقر له ، كان القول قول المقر مع يمينه (١) . وكذا لو قال : لك في ذمتي ألف ، وجاء بها وقال : هي وديعة وهذه بدلها . أما لو قال لك في ذمتي ألف ، وهذه هي التي أقررت بها ، كانت وديعة لم يُقبل ، لان ما في الذمة لا يكون وديعة ، وليست كالاولى ولا كالوسطى . ولو قال له : عليَّ ألف ودفعها وقال : كانت وديعة ، وكنت أظنها باقية فبانت تالفة لم يقبل ، لانه مكذب إقراره . أما لو ادعى تلفها بعد الإقرار ، قُبِل .

« التاسعة » : اذا قال : له في هذه الدار مئة قبل ، ورجع في تفسير الكيفية اليه ، فان أنكر المقر له شيئاً من تفسيره ، كان القول قول المقر مع يمينه .

« العاشرة » : اذا قال : له في ميراث أبي ، أو من ميراث أبي مئة كان إقراراً . ولو قال : في ميراثي من أبي ، أو من ميراثي من أبي ، لم يكن اقراراً ، وكان كالوعد بالهبة . وكذا لو قال : له من هذه الدار صح . ولو قال : من داري ، لم يقبل . ولو قال : له في مالي ألف ، لم يقبل . ومن الناس من فرّق بين له في مالي ، وبين له في داري ، بأن بعض الدار لا يسمى داراً ، وبعض المال يسمى مالاً . ولو قال : في هذه المسائل بحق واجب ، أو بسبب صحيح ، أو ما جرى مجراه ، صح في الجميع .

---

(١) ش ٣ / ٢٦٧ / هـ : لان الوديعة يجب حفظها ، والتخلية بينها وبين المالك ، فلعله أراد بكلمة « علي » الاخبار عن هذا الواجب « س » .

المقصد الثالث

في : الاقرار المستفاد من الجواب

فلو قال : لي عليك ألف ، فقال : رددتها أو أقبضتهـا ، كان إقراراً . ولو قال : زنها ، لم يكن إقراراً . ولو قال : نعم أو أجل أو بلى ، كان اقراراً ، ولو قال : أنا مقر به ، لزمه ، ولو قال : أنا مقر واقتصر ، لم يلزمه لتطرق الاحتمال . ولو قال : اشتريت مني أو استوهبت فقال : نعم ، فهو إقرار . ولو قال : أليس لي عليك كـذا ، فقال : بلى ، كان إقراراً . ولو قال : نعم ، لم يكن اقراراً ، وفيه تردد ، من حيث يستعمل الأمران إستعمالاً ظاهراً .

المقصد الرابع

في صيغ الاستثناء

وقواعده ثلاث :

« الاولى » : الإستثناء من الإثبات نفي ومن النفي إثبات .

« الثانية » : الاستثناء من الجنس جائز (١) ، ومن غير الجنس على تردد .

---

(١) المسالك ٣ / ١٣٦ : كقوله تعالى : « لا يسمعون فيه لغواً إلا سلامـا » ، « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » .

« الثالثة » : يكفي في صحة الاستثناء ، أن يبقى بعد الاستثناء بقية سواء كانت أقل أو أكثر :

التفريع (١) : على القاعدة الأولى

اذا قال : له علي عشرة إلا درهماً ، كان إقراراً بتسعة ، ونفياً للدرهم :

ولو قال : إلا درهم ، كان إقراراً بالعشرة .

ولو قال : ما له عندي شيء الا درهم ، كان إقراراً بدرهم . وكذا لو قال : ما له عندي عشرة إلا درهم ، كان إقراراً بدرهم .

ولو قال : إلا درهماً ، لم يكن إقراراً بشيء :

ولو قال : له خمسة إلا إثنين ، وإلا واحداً ، كان إقراراً باثنين :

ولو قال : عشرة إلا خمسة إلا ثلاثة ، كان إقراراً بثمانية :

ولو كان الاستثناء الاخير بقدر الاول ، رجعا جميعاً الى المستثنى منه ، كقوله : له عشرة الا واحداً الا واحداً ، فيسقطان من الجملة الاولى :

ولو قال : لفلان هذا الثوب الا ثلثه ، أو هذه الدار الا هذا البيت او الخاتم الا هذا الفص ، صح ، وكان كالاستثناء ، بل أظهر . وكذا لو قال : هذه الدار لفلان ، والبيت لي ، أو الخاتم والفص لي ، اذا اتصل الكلام :

ولو قال : هذه العبيد لزيد الا واحداً ، كُلِّفَ البيان ، فان عيَّن ، صح :

ولو أنكر المقر له ، كان القول قول المقر مع يمينه . وكذا لو مات أحدهم ، وعين الميت ، قُبِلَ منه . ومع المنازعة . فالقول قول المقر مع يمينه :

---

(١) وفي « هـ ٣ / ٢٤٨ » : « تفريع » بدلا من « التفريع » .

التفريع (١) : على الثانية

اذا قال : له ألف الا درهماً ، فان منعنا الاستثناء من غير الجنس فهو اقرار بتسع مئة وتسعة وتسعين درهماً . وان اجـزناه كان تفسير الألف اليه ، فان فسرها بشيء ، يصح وضع قيمة الدرهم منه ، صح : فان كان يستوعبه ، قيل : يبطل الاستثناء . لانه عقب الاقرار بمايبطله ، فيصح الإقرار ، ويبطل المبطل . وقيل : لا يبطل ، ويكلّف تفسيره بما يبقى منه بقية ، بعد اخراج قيمة الدرهم .

ولو قال : ألف درهم الا ثوباً ، فان اعتبرنا الجنس، بطل الاستثناء وان لم نعتبره ، كلفنا المقر بيان قيمة الثوب . فان بقي بعد قيمته شيء من الألف صح ، والا كان فيه الوجهان . ولو كانا مجهولين ، كقوله : له ألف الا شيئاً ، كُلّف تفسيرهما ، وكان النظر فيهما كما قلناه .

التفريع (٢) : على الثالثة

لو قال : له درهم الا درهماً ، لم يقبل الاستثناء .

ولو قال : درهم ودرهم الا درهماً ، فان قلنا الاستثناء يرجع الى الجملتين ، كان اقراراً بدرهم . وان قلنا يرجع الى الجملة الأخيرة ـ وهو الصحيح ـ كان اقراراً بدرهمين ، وبطل الإستثناء .

النَّظَرُ الثَّانِي

في : المقر

ولابد أن يكون : مكلفاً ، حراً ، مختاراً ، جائزَ التصرف : ولا يعتبر عدالته :

---

(١) ، (٢) وفي « ٣ / ٢٤٨ - ٢٤٩ » : « تفريع » بدلا من « التفريع » .

فالصبي لا يقبل إقراره ، ولو كان باذن وليه : أما لو أقر ، بما له ان يفعله كالوصية ، صح .

ولو أقر المجنون لم يصح ، وكذا المكره والسكران :

وأما المحجور عليه للسفه ، فان أقر بمال ، لم يُقبل : ويقبل فيما عداه كالخلع والطلاق . ولو أقر بسرقة قُبِل في الحد لا في المال :

ولا يقبل اقرار المملوك : بمال ، ولا حد ، ولا جناية توجب أرشاً أو قصاصاً . ولو أقر بمال ، تُبِع به اذا أعتق . ولو كان مأذوناً في التجارة فأقر بما يتعلق بها ، قُبِل لأنه يملك التصرف ، فيملك الإقرار : ويؤخذ ما أقر به ، مما في يده وان كان اكثر ، لم يضمنه مولاه ، ويتبع به اذا اعتق :

ويقبل اقرار المفلس . وهل يشارك المقر له الغرماء أو يأخذ حقه من الفاضل ؟ فيه تردد .

ويقبل وصية المريض في الثلث ، وان لم يجز الورثة : وكذا اقراره للوارث وللاجنبي مع التهمة ، على أظهر القولين . ويقبل الإقرار بالمبهم ويلزم المقر بيانه . فان امتنع ، حُبِس وضُيِّق عليه حتى يبين : وقال الشيخ رحمه الله : يُقال له : ان لم تفسر جُعِلت ناكلاً فان أصر أُحلف المقر له ، ولا يقبل اقرار الصبي بالبلوغ ، حتى يبلغ الحد الذي يحتمل البلوغ (١) :

---

(١) ش ٣ / ٢٦٩ / هـ : وإذا بلغ قبل قوله ، وإلا لزم الدور ان إدعى الاحتلام بخلاف دعوى السن « ع ل » .

النظر الثالث

في المقر له

وهو أن يكون له أهلية التملك . فلو أقر لبهيمة لم يقبل ، ولو قال بسببها صح . ويكون الإقرار للمالك ، وفيه إشكال ، اذ قد يجب بسببها ما لا يستحقه المالك ، كأروش الجنايات على سائقها أو راكبها .

ولو أقر لعبد صح ، ويكون المُقرّ به لمولاه ، لأن للعبد أهلية التصرف.

ولو أقر لحمل صح ، سواء أطلق أو بيّن سبباً محتملاً ، كالارث أو الوصية .

ولو نسب الإقرار الى السبب الباطل ، كالجناية عليه ، فالوجه الصحة نظراً الى مبدأ الإقرار وإلغاء لما يبطله .

ويملك الحمل ما أُقِرّ به ، بعد وجوده حياً . ولو سقط ميتاً . فان فسّره بالميراث ، رجع الى باقي الورثة . وان قال : هو وصية ، رجع الى ورثة الموصي . وإن أجمل ، طولب ببيانه .

ويحكم بالمال للحمل ، بعد سقوطه حياً ، لدون ستة أشهر من حين الإقرار . ويبطل استحقاقه ، لو ولد لاكثر من مدة الحمل . ولو وضع فيما بين الأقل والأكثر ، ولم يكن للمرأة زوج ولا مالك ، حُكِمَ له به لتحققه حملاً وقت الإقرار . ولو كان لها زوج أو مولى ، قيل : لا يُحكم له ، لعدم اليقين بوجوده . ولو قيل : يكون له ، بناءً على غالب العوائد كان حسناً .

ولو كان الحمل ذكرين ، تساويا فيما أُقِرّ به . ولو وُضِعَ أحدهما

ميتاً ، كان ما اقر به للاخر ، لأن الميت كالمعدوم . واذا أقر بولدٍ لم يكن إقراراً بزوجية امه ، ولو كانت مشهورة بالحرية .

النَّظَرُ الرَّابِع

في : اللواحق

وفيه مقاصد :

المقصدُ الأوّل

في : تعقيب الاقرار بالاقرار

اذا كان في يده دار ، على ظاهر التملك ، فقال : هذه لفلان ، بل لفلان ، قُضِيَ بها للأول ، وغرم قيمتها للثاني ، لانه حالَ بينه وبينها ، فهو كالمُتْلِف : وكذا لو قال : غصبتها من فلان ، بل من فلان :

أما لو قال : غصبتها من فلان وهي لفلان ، لزمه تسليمها الى المغصوب منه ، ثم لا يضمن .

ولا يحكم للمقر له بالملك ، كما لو كانت دار في يد فلان ، وأقر بها الخارجُ لآخر . وكذا لو قال : هذه لزيد غصبتها من عمرو .

ولو أقر بعبدٍ لإنسان ، فأنكر المقر له ، قال الشيخ : يُعتق ، لأن كل واحد منهما أنكر ملكيته ، فبقي بغير مالك . ولو قيل : يبقى على الرقية المجهولة المالك ، كان حسناً :

ولو أقر أن المولى أعتق عبده ثم اشتراه ، قال الشيخ : صح الشراء ولو قيل : يكون ذلك استنقاذاً لا شراءً ، كان حسناً وينعتق ، لأن بالشراء سقط عنه لواحق ملك الاول .

ولو مات هذا العبد ، كان للمشتري من تركته قدر الثمن مقاصّة ، لان المشتري إن كان صادقاً ، فالولاء للمولى إن لم يكن وارثٌ سواه ، وإن كان كاذباً ، فما ترك للمشتري ، فهو مستحق على هذا التقدير قدر الثمن على اليقين ، وما فضل يكون موقوفاً .

المقصد الثاني

في : تعقيب الاقرار بما يقتضي ظاهره الابطال

وفيه مسائل :

« الاولى » : اذا قال : له عندي وديعة ، وقد هلكت ، لم يُقبل . أما لو قال : كان له عندي ، فانه يقبل . ولو قال : له عليّ مال ، من ثمن خمر أو خنزير ، لزمه المال .

« الثانية » : اذا قال : له علي ألف وقطع ، ثم قال من ثمن مبيع لم أقبضه ، لزمه الألف ؛ ولو وصل فقال : له علي ألف من ثمن مبيع وقطع ، ثم قال : لم أقبضه ، قُبِلَ سواء عيّن المبيع أو لم يعينه ، وفيه إحتمال للتسوية بين الصورتين ، ولعله الأشبه .

« الثالثة » : لو قال : ابتعت بخيار ، او كفلت بخيار ، أو ضمنت بخيار ، قُبِل إقراره بالعقد ولم يثبت الخيار .

« الرابعة » : اذا قال : له علي دراهم ناقصة ، صح اذا اتصل بالإقرار كالاستثناء ، ويرجع في قدر النقيصة اليه . وكذا لو قال : دراهم زيف ، لكن يقبل تفسيره بما فيه فضة . ولو فسره بما لا فضة فيه ، لم يقبل .

« الخامسة » : اذا قال : له علي عشرة لا بل تسعة ، لزمه عشرة . وليس كذلك لو قال : عشرة إلا واحداً .

« السادسة » : اذا أشهد بالبيع وقبض الثمن ، ثم انكر فيما بعد ، وادعى أنه أشهد تبعاً للعادة ولم يقبض ، قيل : لا يقبل دعـــواه ، لانه مكذب لإقراره . وقيل : يقبل لانه ادعى ما هو معتاد ، وهو أشبه . اذ ليس هو مكذباً للإقرار ، بل هو مدعياً شيئاً آخر ، فيكون على المشتري اليمين . وليس كذلك ، لو شهد الشاهدان بايقاع البيع ، ومشاهدة القبض فانه لا يقبل انكاره ، ولا يتوجه اليمين لانه إكذاب للبينة .

المقصد الثالث

في الاقرار بالنسب

وفيه مسائل :

« الاولى » : لا يثبت الإقرار بنسب الولد الصغير ، حتى تكون البنوّة ممكنة ، ويكون المقر به مجهولاً ، ولا ينازعه فيه منازع ، فهذه قيود ثلاثة . فلو انتفى إمكان الولادة ، لم يقبل . كالإقرار ببنوة من هو أكبر منه ، أو مثله في السن ، أو أصغر منه ، بما لم تجر العادة بولادته لمثله .

أو أقر ببنوة امرأة له ، وبينهما مسافة لا يمكن الوصول اليها ، في مثل عمره. وكذا لو كان الطفل معلوم النسب ، لم يقبل اقراره . وكـذا لو نازعه منازع في بنوته ، لم يقبل الا ببينة ، ولا يعتبر تصديق الصغير . وهل يعتبر تصديق الكبير ؟ ظاهر كلامه في النهاية لا ، وفي المبسوط يعتبر ، وهـو الأشبه . فلو انكر الكبير ، لم يثبت النسب . ولا يثبت النسب في غير الولد ، الا بتصديق المقر به . واذا أقر بغير الولد للصلب ، ولا ورثة له وصدقه المقر به ، توارثا بينهما ، ولا يتعدى التوارث الى غيرهمـا . ولو كان له ورثة مشهورون ، لم يقبل اقراره في النسب .

« الثانية » : اذا اقر بولد صغير ، ثبت نسبه ، ثم بلغ فأنكر ، لم يلتفت الى إنكاره ، لتحقق النسب سابقاً على الإنكار .

« الثالثة » : اذا اقر ولد الميت بولد له آخر ، فأقرا بثالث ، ثبت نسب الثالث ان كانا عدلين . ولو أنكـر الثالث الثاني ، لم يثبت نسب الثاني ، لكن يأخذ الثالث نصف التركة ، ويأخذ الاول ثلث التركة ، والثاني السدس وهو تكملة نصيب الاول . ولو كان الاثنان معلومي النسب ، فأقرا بثالث ، ثبت نسبه ان كانا عدلين . ولو أنكر الثالث أحدهما ، لم يلتفت اليه ، وكانت التركة بينهم أثلاثاً .

« الرابعة » : لو كان للميت اخوة وزوجة ، فأقرت له بولد ، كان لها الثمن . فان صدقها الاخوة ، كان الباقي للولد دون الاخوة . وكذا كل وارث في الظاهر ، أقر بمن هو أقرب منه ، دفع اليه جميع ما في يده . ولو كان مثله ، دفع اليه من نصيبه بنسبة نصيبه . وإن انكر الاخوة كان لهم ثلاثة الارباع ، وللزوجة الثمن ، وباقي حصتها للولد .

« الخامسة » : اذا مات صبي مجهول النسب ، فأقر إنسان ببنوته ، ثبت نسبه صغيراً كان أو كبيراً ، سواء كان له مال أو لم يكن ، وكان

ميراثه للمقر . ولا يقدح في ذلك احتمال التهمة ، كما لو كان حياً وله مال. ويسقط اعتبار التصديق في طرف الميت ، ولو كان كبيراً ، لانه في معنى الصغير . وكذا لو أقر ببنوة مجنون ، فانه يسقط اعتبار تصديقه ، لانه لا حكم لكلامه .

« السادسة » : اذا ولدت أمته ولداً ، فأقر ببنوته لحق به ، وحكم بحريته بشرط أن لا يكون لها زوج . ولو أقر بابن احدى أمتيه وعيّنه ، لحق به . ولو ادعت الاخرى ، أن ولدها هو الذي أقر به ، فالقول قول المقر مع يمينه . ولو لم يعين ومات ، قال الشيخ : يعين الوارث ، فان امتنع أقرع بينهما . ولو قيل : باستعمال القرعة بعد الوفاة مطلقاً ، كان حسناً .

« السابعة » : لو كان له أولاد ثلاثة من أمة ، فأقر ببنوة أحدهم فايهم عيّنه كان حراً ، والآخران رقاً . ولو اشتبه المعين ومات ، أو لم يعين ، استخرج بالقرعة .

« الثامنة » : لا يثبت النسب الا بشهادة رجلين عدلين ، ولا يثبت بشهادة رجل وامرأتين على الاظهر ، ولا بشهادة رجل ويمين ، ولا بشهادة فاسقين ، ولو كانا وارثين .

« التاسعة » : لو شهد الاخوان - وكانا عدلين - بابنٍ للميت ، ثبت نسبه وميراثه ، ولا يكون ذلك دوراً . ولو كانا فاسقين ، لم يثبت النسب ولكن يستحق دونهما الارث .

« العاشرة » : لو أقر بوارثين أولى منه ، فصدقه كل واحد منهما عن نفسه لم يثبت النسب ، ويثبت الميراث ، ودفع اليهما ما في يده . ولو تناكرا بينهما ، لم يلتفت الى إنكارهما . ولو أقر بوارث أولى منه ، ثم أقر بآخر أولى منهما ، فان صدقه المقر له الاول ، دفع المال الى الثاني . وان كذبه دفع المقر الى الاول المال ، وغرمه للثاني . ولو كان الثاني مساوياً للمقر

له اولاً ، ولم يصدقه الاول ، دفع المقر الى الثاني مثل نصف ما حصل للاول.

« الحادية عشرة » : لو أقر بزوج للميتة ولها ولد ، أعطاه ربع نصيبه ، وان لم يكن ولد أعطاه نصفه . ولو أقر بزوج آخر ، لم يقبل : ولو أكذب إقراره للاول ، أغرم للثاني مثل ما حصل للاول . ولو أقر بزوجة وله ولد ، اعطاها ثمن ما في يده . وان لم يكن ولد ، أعطاها الربع . وإن أقر باخرى ، غرم لها مثل نصف نصيب الاولى ، اذا لم تصدقه الاولى : ولو أقر بثالثة ، أعطاها ثلث النصيب . ولو أقر برابعة ، أعطاها الربع من نصيب الزوجية . ولو أقر بخامسة ، وأنكر احدى الأُوَل لم يلتفت اليه ، وغرم لها مثل نصيب واحد منهن :

كتاب الجعالة

والنظر

في الايجاب

والاحكام

واللواحق

النَّظَرُ الأَوَّل

في : الايجاب *

أما الايجاب :

فهو أن يقول : من ردَّ عبدي ، أو ضالَّتي ، أو فعل كذا ، فله كذا . ولا يفتقر الى قبول . ويصح على كل عمل مقصود (١) ، محلَّل (٢) ويجوز أن يكون العمل مجهولاً ، لانه عقد جائز كالمضاربة :

أما العوض : فلابد أن يكون معلوماً بالكيل ، أو الوزن ، أو العدد إن كان مما جرت العادة بعدِّه :

ولو كان مجهولاً ، ثبت بالرد أُجرة المثل ، كأن يقول : من رد عبدي ، فله ثوب أو دابة .

ويعتبر : في الجاعل أهلية الاستئجار ، وفي العامل إمكان تحصيل العمل.

ولو عين الجَعالة لواحدٍ ، فردَّ غيره ، كان عمله ضائعاً (٣) .

ولو تبرع أجنبي بالجعل ، وجب عليه الجعل مع الرد *

---

(١) المسالك ٣ / ١٤٦ : اي مقصود في نظر العقلاء ، كالخياطة ، ورد الآبق والضالة ونحو ذلك . . .

(٢) ن : المراد بالمحلل ، الجايز بالمعنى الأعم ، فيشمل المباح والمنذور والمكروه ، حيث يكون مقصوداً ، ولابد من إخراج الواجب منه ، فلا يصح الجعالة عليه كما لا يصح الاجارة .

(٣) ن : لانه متبرع ، حيث لم يبذل له اجرة ، ولا لمن يشمله .

ويستحق الجعل بالتسليم ، فلو جاء به الى البلد ففرّ ، لم يستحق الجعل:

والجعالة جائزة قبل التلبُّس ، فان تلبَّس ، فالجواز باقٍ في طرف العامل ، ولازم من طرف الجاعل ، إلا أن يدفع اُجرة ما عمل للعامل :

ولو عقب الجعالة على عمل معين باُخرى ، وزاد في العوض أو نقص عَمَل بالاخيرة :

النَّظَرُ الثَّانِي

في : الاحكام

وأما الاحكام . فمسائل

« الاولى » : لا يستحق العامل الأجرة ، إلا اذا بذلها الجاعل أولاً ولو حصلت الضالة في يد إنسان ، قبل الجعل ، لزمه التسليم ولا اجرة : وكذا لو سعى في التحصيل تبرعاً :

« الثانية » : اذا بذل جعلاً ، فان عيَّنه فعليه تسليمه مع الرد ، وإن لم يعينه لَزِمَ مع الرد اُجرة المثل ، إلا في رد الآبق على رواية أبي سيّار عن أبي عبد الله عليه السلام : « أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: جعل في الآبق ديناراً ، اذا اُخِذ في مصره ، وان اخذ في غير مصره فأربعة دنانير » . وقال الشيخ في المبسوط : هذا على الأفضل لا الوجوب والعمل على الرواية ، ولو نقصت قيمة العبد . وقيل : الحكم في البعير كذلك ولم اظفر فيه بمستند : أما لو استدعى الرد ، ولم يبذل اُجرة ، لم يكن للراد شيء ، لانه تبرع بالعمل .

« الثالثة » : اذا قال : من رد عبدي فله دينار ، فرده جماعة ، كان الدينار لهم جميعاً بالسوية ، لأن رد العمل حصل من الجميع لا من كل واحد . أما لو قال : من دخل داري فله دينار ، فدخلها جماعة ، كان لكل واحد دينار ، لأن العمل حصل من كل واحد .

فروع

« الاول » : لو جعل لكل واحد من ثلاثة ، جعلاً أزيد من الآخر ، فجاءوا به جميعاً ، كان لكلٍّ واحدٍ ثلث ما جعل له . ولو كانوا أربعة كان له الربع ، أو خمسة فله الخمس . وكذا لو ساوى بينهم بالجعل .

« الثاني » : لو جعل لبعض الثلاثة جعلاً معلوماً ، ولبعضهم مجهولاً ، فجاءوا به جميعاً ، كان لصاحب المعلوم ثُلث ما جعل له ، وللمجهول ثُلث أجرة مثله .

« الثالث » : لو جعل لواحد جَعْل على الرد ، فشاركه آخر في الرد ، كان للمجهول له نصف الأجرة ، لانه عمل نصف العمل ، وليس للآخر شيء لانه تبرع . وقال الشيخ : يستحق نصف أجرة المثل ، وهو بعيد .

« الرابع » : لو جعل جعلاً معيناً على رده من مسافة معينة ، فرده من بعضها ، كان له من الجعل بنسبة المسافة .

النظر الثالث

في : اللواحق .

ويلحق بذلك مسائل التنازع : وهي ثلاث

« الاولى » : لو قال : شارطتني (١) ، فقال المالك : لم أشارطك فالقول قول المالك مع يمينه . وكذا القول : قوله لو جاء بأحد الآبقين فقال المالك لم أقصد هذا :

« الثانية » : لو إختلفا في قدر الجعل أو جنسه ، فالقول قول الجاعل مع يمينه . قال الشيخ : ويثبت للعامل أجرة المثل . ولو قيل : يثبت أقل الامرين من الاجرة والقدر المدعَّى ، كان حسناً . وكان بعض من عاصرناه ، يُثبت مع اليمين ما ادعاه الجاعل ، وهو خطأ ، لان فائدة يمينه إسقاط دعوى العامل ، لا ثبوت ما يدعيه الحالف .

« الثالثة » : لو اختلفا في السعي ، بأن قال : حصل في يدك قبل الجعل ، فلا جعل لك ، فالقول قول المالك تمسكاً بالاصل (٢) :

---

(١) المسالك ٣ / ١٤٨ : المراد بالمشارطة أن يجعل له جعلا على الفعل ، سواء كان معيناً أم مجملا يوجب أجرة المثل . . .

(٢) ن ٣ / ١٤٩ : إن الاصل براءة ذمة المالك . . .

كتاب الإيمان

والنظر

في أمور

أربعة

الأوّل

ما به ينعقد اليمين

لا ينعقد اليمين إلا : بالله ، أو بأسمائه التي لا يشركه فيها غيره ، أو مع إمكان المشاركة ينصرف إطلاقها اليه .

« فالاول » : كقولنا : ومُقلِّب القلوب ، والذي نفسي بيده ، والذي فلق الحبة وبَرَءَ النسمة .

« والثاني » : كقولنا : والله ، والرحمن ، والاول الذي ليس قبله شيء .

« والثالث » : كقولنا : والرب ، والخالق ، والباريء ، والرازق .

وكل ذلك ينعقد به اليمين مع القصد .

* * *

ولا تنعقد بما لا ينصرف إطلاقه اليه ، كالموجود والحيّ والسميع والبصير ، ولو نوى بها الحلف ، لانها مشتركة ، فلم يكن لها حرمة القسم .

ولو قال : وقدرة الله ، وعلم الله ، فان قصد المعاني الموجبة للحال لم ينعقد اليمين . وإن قصد كونه قادراً عالماً ، يجري مجرى القسم بالله القادر العالم .

وكذا تنعقد بقوله : أُقسم بالله ، وجلال الله ، وعظمة الله ، وكبرياء الله ، وفي الكل تردد .

ولو قال : أُقسم بالله ، أو أحلف بالله ، كان يميناً . وكذا لو قال : أقسمت بالله ، أو حلفت بالله .

ولو قال : أردت الإخبار عن يمين ماضية قُبِلَ ، لانه إخبار عن نيته .

ولو لم ينطق بلفظة الجلالة لم تنعقد . وكذا لو قال : أشهد . إلا أن يقول : أشهد بالله . وفيه للشيخ قولان . ولا كذلك لو قال : أعزم بالله فانه ليس من ألفاظ القسم . ولو قال : لعمرو الله كان قسماً ، وانعقدت به اليمين .

ولا ينعقد اليمين : بالطلاق ، ولا بالعتاق ، ولا بالتحريم ، ولا بالظهار ، ولا بالحَرَم ، ولا بالكعبة والمصحف والقرآن ، ولا الابوين ، ولا بالنبي والأئمة عليهم السلام . وكذا وحق الله (١) ، فانه حلفٌ بحقه لا به ، وقيل : ينعقد ، وهو بعيد .

ولا ينعقد اليمين الا بالنية . ولو حلف من غير نية ، لم تنعقد ، سواء كان بصريح أو كناية ، وهي يمين اللغو .

والاستثناء بالمشيئة (٢) ، يوقف اليمين عن الإنعقاد ، إذا اتصل باليمين أو انفصل ، بما جرت العادة أن الحالف لم يستوف غرضه .

ولو تراخى عن ذلك من غير عذر ، حُكِمَ باليمين ، والغيَ الاستثناء وفيه رواية مهجورة .

ويشترط في الاستثناء النطق ، ولا تكفي النية . ولو قال : لا أدخل الدار إن شاء زيد ، فقد علّق اليمين على مشيئة . فان قال : شئت ، انعقدت اليمين . وإن قال : لم أشأ ، لم تنعقد .

ولو جهل حاله ، إما بموت أو غيبة ، لم ينعقد اليمين لفوات الشرط .

---

(١) المسالك ٣ / ١٥٠ : قد يراد به ما يجب على عباده من العبادات التي أمر بها . . . وقد يراد به القرآن . . . وقد يراد به الله الحق كغيره من الصفات الراجعة إلى ذاته . . .

(٢) ن : المراد بالاستثناء بالمشيئة هنا ، أن يقول بعد اليمين : إنشاء الله ، فاذا عقب اليمين بها ، لم يحنث بالفعل المحلوف عليه ، ولم يلزمه الكفارة . . .

ولو قال : لأدخلن الدار إلا أن يشاء زيد ، فقد عقد اليمين ، وجعل الاستثناء مشيئة زيد . فان قال : زيد ، قد شئت ألا تدخل ، وقفت اليمين لان الاستثناء من الإثبات نفي .

ولو قال : لا دخلت إلا أن يشاء فلان ، فقال : قد شئتُ أن يدخل فقد سقط حكم اليمين ، لأن الاستثناء من النفي إثبات .

ولا يدخل الاستثناء في غير اليمين ، وهل يدخل في الإقرار ؟ فيه تردد ، والاشبه أنه لا يدخل .

والحروف التي يقسم بها : الباء ، والواو ، والتاء . وكذا لو خفض ونوى القسم ، من دون النطق بحرف القسم ، على تردد ، أشبهه الانعقاد .

ولو قال : ها الله ، كان يميناً (١) ، وفي أيمن الله تردد ، من حيث هو جمع يمين . ولعل الإنعقاد أشبه ، لأنه موضوع للقسم بالعُرف . وكذا : أيم الله ، ومُنُ الله ، ومَ الله .

الثاني

في الحالف

ويعتبر فيه : البلوغ ، وكمال العقل ، والاختيار ، والقصد .

فلا ينعقد : يمين الصغير ، والمجنون ، ولا المكره ، ولا السكران ، ولا الغضبان إلا أن يملك نفسه .

وينعقد اليمين بالقصد . وتصح اليمين من الكافر ، كما تصح من المسلم

---

(١) المسالك ٣ / ١٥١ : مما يقسم به لغة ، ها الله ، فاذا قيل : لا ها الله ما فعلت فتقديره لا والله ، وها الله للتنبيه ، يؤتى بها في القسم عند حذف حرفه . . .

وقال في الخلاف : لا تصح . وفي صحة التكفير منه (١) ، تردد ، منشأه الإلتفات الى إعتبار نية القربة .

ولا تنعقد من الولد مع والده ، إلا مع إذنه . وكذا يمين المرأة ، والمملوك ، إلا أن يكون اليمين في فعل واجبٍ أو ترك قبيحٍ :

ولو حلف أحد الثلاثة في غير ذلك ، كان للأب والزوج والمالك حل اليمين ولا كفارة . ولو حلف بالصريح ، وقال : لم اُرِد اليمين ، قُبِلَ منه ودِين بنيته :

الثالث

في : متعلق اليمين

وفيه مطالب :

الاول : لا ينعقد اليمين على الماضي

نافيةً كانت أو مثبتةً . ولا تجب بالحنث فيها للكفـارة ، ولو تعمَّد الكذب :

وإنما تنعقد على المستقبل ، بشرط أن يكون واجباً ، أو مندوباً ، أو ترك قبيح ، أو ترك مكروه ، أو على مباح يتساوى فعله وتركه ، أو يكون البر أرجح : ولو خالف أثِمَ ولزمته الكفارة :

ولو حلف على ترك ذلك ، لم تنعقد ولم يلزمه الكفارة ، مثل أن

(١) مرجع الضمير : الكافر .

يحلف لزوجته أن لا يتزوج ، أو لا يتسرّى ، أو تحلف هي كذلك ، أو تحلف أنها لا تخرج معه ، ثم احتاجت الى الخروج .

ولا تنعقد على فعل الغير ، كما لو قال : والله لنفعلن ، فانها لا تنعقد في حق المقسم عليه ، ولا المقسِم .

ولا تنعقد على مستحيل ، كقوله : والله لأصعدَنّ السماء ، بل تقع لاغيةً . وإنما تقع على ما يمكن وقوعه . ولو تجدد العجز ، انحلّت اليمين ، كأن يحلف ليحجّ في هذه السنة فيعجز .

المطلب الثاني : في الأيمان المتعلقة بالمأكل والمشرب

وفيه مسائل :

« الاولى » : اذا حلف ان لا يشرب من لبن عنز له ، ولا يأكل من لحمها ، لزمه الوفاء . وبالمخالفة الكفارة ، إلا مع الحاجة الى ذلك . ولا يتعدّاها التحريم ، وقيل : يسري التحريم الى أولادها ، على روايةٍ فيها ضعف .

« الثانية » : اذا حلف لا يأكل طعاماً اشتراه زيد ، لم يحنث بأكل ما يشتريه زيد وعمرو ، ولو اقتسماه ، على تردد . ولو اشترى كل واحد منهما طعاماً وخلطاه ، قال الشيخ : إن أكل زيادة عن النصف حنث ، وهو حسن . ولو حلف لا يأكل ثمرة معينة ، فوقعت في ثمر ، لم يحنث إلا بأكله أجمع أو بتيقن اكلها . ولو تلف منه ثمرة لم يحنث بأكل الباقي مع الشك .

« الثالثة » : اذا حلف ليأكلن هذا الطعام غداً ، فأكله اليوم ، حنث لتحقق المخالفة ، ويلزمه التكفير معجّلاً . وكذا لو هلك الطعام قبل الغد أو في الغد . بشيء من جهته . ولو هلك من غير جهته ، لم يكفّر .

« الرابعة » : لو حلف : لا شربت من الفرات ، حنث بالشرب

من مائها ، سواء كرع منها أو اغترف بيده أو بإناء . وقيل : لا يحنث إلا بالكرع منها ، والأول هو العُرف .

« الخامسة » : اذا حلف : لا أكلت رؤوساً ، انصرف الى ما جرت العادة بأكله غالباً ، كرؤوس البقر والغنم والإبل . ولا يحنث برؤوس الطيور والسمك والجراد ، وفيه تردد . ولعل الاختلاف عادي . وكذا لو حلف : لا يأكل لحماً ، وهنا يقوى أنه يحنث بالجميع . ولو حلف: لا يأكل شحماً ، لم يحنث بشحم الظهر ، ولو قيل : يحنث عادة ، كان حسناً . وإن قال : لا ذقت شيئاً فمضغه ولفظه ، قال الشيخ : يحنث ، وهو حسن .

« السادسة » : اذا قال : لا أكلت سِمْناً ، فأكله مع الخبز ، حنث . وكذا لو أذابه على الطعام وبقي متميزاً . أما لو : حلف لا يأكل لَبَناً ، فأكل جبناً أو سمناً أو زبداً ، لم يحنث .

« السابعة » : لو قال : لا أكلت من هذه الحنطة ، فطحنها دقيقاً أو سويقاً ، لم يحنث . وكذا لو حلف : لا آكل الدقيق ، فخبزه وأكله . وكذا لو حلف : لا يأكل لحماً ، فأكل إلْيَة ، لم يحنث . وهل يحنث بأكل الكبد والقلب ؟ فيه تردد .

« الثامنة » : لو حلف لا يأكل بسراً فأكل منصفاً (١) ، أو لا يأكل رطباً فأكل منصفاً ، حنث ، وفيه قول آخر ضعيف .

« التاسعة » : اسم الفاكهة يقع على الرمان والعنب والرطب ، فمتى حلف لا يأكل فاكهة ، حنث بأكل كل واحد من ذلك ، وفي البطيخ تردد : والأدام اسم لكل ما يؤتَدَم به ، ولو كان ملحاً أو مائعاً كالدبس أو غير مائع كاللحم .

« العاشرة » : اذا قال لا شربت ماء هذا الكوز ، لم يحنث إلا

---

(١) المسالك ٣ / ١٥٥ : وهو الذي صار نصف الواحدة منه رطبة ، ونصفها بقي بسراً.

بشرب الجميع . وكذا لو قال : لا شربت ماءه . ولو قال : لا شربت ماء هذا البئر ، حنث بشرب البعض ، اذ لا يمكن صرفه الى إرادة الكل. وقيل : لا يحنث ، وهو حسن .

« الحادية عشرة » : لو قال : لا اكلت هذين الطعامين ، لم يحنث باحدهما . وكذا لو قال : لا اكلت هذا الخبز وهذا السمك ، لم يحنث إلا بأكلهما ، لأن الواو العاطفة للجمع ، فهي كألف التثنية . وقال الشيخ: لو قال : لاكلمت زيداً وعمراً ، فكلّم احدهما ، حنث لأن الواو ينوب مناب الفعل ، والأول أصح .

« الثانية عشرة » : اذا حلف لا آكل خلاً ، فاصطبغ (١) به ، حنث . ولو جعله في طبيخ ،فأزال عنه التسمية ، لم يحنث .

« الثالثة عشرة » : لو قال : لا شربت لك ماء من عطش ، فهو حقيقة في تحريم الماء . وهل يتعدّى الى الطعام ؟ قيل : نعم عرفاً ، وقيل : لا تمسكاً بالحقيقة .

المطلب الثالث في المسائل المختصة بالبيت والدار

« المسألة الاولى » : اذا حلف على فعل ، فهو يحنث بابتدائه ، ولا يحنث باستدامته ، إلا ان يكون الفعل ينسب الى المـدة ، كما ينسب الى الابتداء . فاذا قال : لا آجرت هذه الدار ، او لا بعتها ، أولا وهبتها ، تعلقت اليمين بالابتداء لا بالاستدامة . أما لو قال : لا سكنت هذه الدار ، وهو ساكن فيها ، أو لا أسكنت زيداً وزيد ساكن فيها ، حنث باستدامة السكنى أو الاسكان . ويبرّ بخروجه عقيب اليمين . ولا يحنث بالعود لا للسكنى بل لنقل رحله . وكذا البحث في استدامة اللبس والركوب . أما التطيب ففيه تردد ، ولعل الاشبه أنه لا يحنث بالاستدامة ، وكذا لو قال : لا

(١) المسالك ٣ / ١٥٦ : جعله أداماً للخبز .

دخلت داراً ، حنث بالابتداء دون الاستدامة .

« الثانية » : اذا حلف : لا دخلت هذه الدار ، فان دخلهـا أو شيئاً منها أو غرفة من غرفها ، حنث ولو نزل اليها من سطحها . أما اذا نزل الى سطحها لم يحنث ولو كان محجراً . ولو حلف : لا أدخل بيتاً فدخل غرفته لم يحنث . ويتحقق الدخول ، اذا صار بحيث لو رد بابه ، كان من ورائها .

« الثالثة » : اذا حلف : لا دخلت بيتاً ، حنث بدخـول بيت الحاضرة ، ولا يحنث بدخول بيت من شعرٍ أو أدم . ويحنث بها البدوي ومن له عادة بسكناه . ولو حلف : لا دخلت دار زيدٍ ، أو لا كلمت زوجته أو لا استخدمت عبده ، كان التحريم تابعاً للملك . فمتى خرج شيء من ذلك عن ملكه ، زال التحريم . أما لو قال : لا دخلت دار زيد هذه تعلق التحريم بالعين ولو زال الملك ، وفيه قول بالمساواة حسن .

« الرابعة » : اذا حلف : لا دخلت داراً ، فدخل براحاً كان داراً لم يحنث . أما لو قال : لا دخلت هذه الدار ، فانهدمت وصارت براحاً قال الشيخ رحمه الله : لا يحنث ، وفيه إشكـال ، من حيث تعلق اليمين بالعين ، فلا إعتبار بالوصف . ولو حلف : لا دخلتُ هذه الدار من هذه الباب ، فدخل منها ، حنث . ولو حولت الباب عنها ، الى باب مستأنف فدخل بالأولى ، قيل : يحنث ، لأن الباب التي تناولها اليمين باقية على حالها ولا اعتبار بالحنث الموضوع ، وهو حسن ولو قال : لا دخلت هذه الدار من بابها ، ففتح لها باب مستأنف ، فدخل به ، حنث لأن الاضافة متحققة فيها .

« الخامسة » : اذا حلف : لا دخلت أو لا أكلت أو لا لبست اقتضى التأبيد . فان ادعى أنه نوى مدة معينة ، دِينَ بنيته .

ولو حلف : لاأدخل على زيد بيتاً ، فدخل عليه وعلى عمرو ، ناسياً أو جاهلاً بكونه فيه ، فلا حنث . وإن دخل مع العلم حَنِثَ ، سواء نوى الدخول على عمرو خاصة أو لم ينو . والشيخ فصّل وهل يحنث بدخوله عليه في المسجد أو في الكعبة ؟ قال الشيخ : لا ، لأن ذلك لا يسمى بيتاً في العُرف ، وفيه إشكال ، يبنى على ممالعته دعوى العرف . أما لو قال : لا كلّمت زيداً فسلم على جماعةٍ فيهم زيد ، وعزله بالنية ، صح . وإن أطلق ، حنث مع العلم .

« السادسة » : قال الشيخ رحمه الله : اسم البيت لا يقع على الكعبة ولا على الحمّام ، لأن البيت ما جعل بازاء السكنى ، وفيه إشكال ، يُعرف من قوله تعالى : « وليطوّفوا بالبيت العتيق » (١) ، وفي الحديث: « نعم البيت الحمّام » . قال : وكذا الدِهليز والصفة (٢) .

المطلب الرابع في مسائل العقود

« الاولى » : العقد اسم للإيجاب والقبول ، فلا يتحقق إلا بهما ، فاذا حلف ليبيعن لا يبرُّ ، إلا مع حصول الايجاب والقبول . وكذا لو حلف ليهبَنّ . وللشيخ في الهبة قولان : أحدهما أنه يبرّ بالإيجاب ، وليس بمعتمد.

« الثانية » : إطلاق العقد ينصرف إلى العقد الصحيح دون الفاسد ولا يبرُّ بالبيع الفاسد لو حلف ليبيعن . وكذا غيره من العقود .

« الثالثة » : قال الشيخ : الهبة اسم لكل عطية متبرّعٌ بها ، كالهدية والنِحلة والعمرى والوقف والصدقة . ونحن نمنع الحكم في العمرى والنِحلة

---

(١) الحج : ٢٢ / ٣٠ .

(٢) المسالك ٣ / ١٥٨ : الدهليز : هو ما دخل عن باب الدار ، بينه وبينها ؛ والصفة : وهي الرواق في الدار . . .

إذ يتناولان المنفعة ، والهبة تتناول العين . وفي الوقف والصدقة تردد ، منشأه متابعة العُرف في إفراد كل واحد باسم .

« الرابعة » : إذا حلف لا يفعل ، لم يتحقق الحنث إلا بالمباشرة . فاذا قال : لا بعت ولا اشتريت ، فوكّل فيه لم يحنث . أما لو قال : لا بنيت بيتاً ، فبناه للبنّاء بأمره أو استيجاره ، قيل : يحنث نظراً الى العرف . والوجه أنه لا يحنث إلا بالمباشرة . ولو قال : لا ضربت ، فأمر بالضرب ، لم يحنث ، وفي السلطان (١) تردد ، أشبهه أنه لا يحنث إلا بالمباشرة . ولو قال : لا أستخدم فلاناً ، فخدمه بغير إذنه ، لم يحنث . ولو توكل لغيره في البيع والشراء ، ففيه تردد ، والأقرب الحنث لتحقق المعنى المشتق منه (٢) .

« الخامسة » : لو قال : لا بعت الخمر فباعه ، قيل : لا يحنث ولو قيل : يحنث كان حسناً ، لأن اليمين ينصرف الى صورة البيع ، فكأنه حلف أن لا يوقع صورة البيع . وكذا لو قال : لا بعت مال زيد قهراً . ولو حلف ليبيعن الخمر ، لم تنعقد يمينه .

المطلب الخامس : في مسائل متفرقة

« الاولى » : اذا لم يعيّن - لِمَا حلف - وقتاً ، لم يتحقق الحنث إلا عند غلبة الظن بالوفاة ، فيتعين قبل ذلك الوقت بقدر إيقاعه ، كما اذا قال : لأقضينّ حقّه أو لأعطينه شيئاً ، لأصومنّ أو لأصلّينّ .

« الثانية » : اذا حلف ليضربن عبده مئة سوط ، قيل : يجزي

---

(١) المسالك ٣ / ١٥٩ : أو نحوه ممن يترفع عن مباشرة الضرب .

(٢) ن : لان البايع والمشتري مشتقان من البيع والشراء ، وقد تحقق المعنى المشتق منه ، لانه أعم من وقوعه لنفسه ولغيره .

الضغث (١) ، والوجه إنصراف اليمين الى الضرب بالآلة المعتادة ، كالسوط والخشبة . نعم ، مع الضرورة ، كالخوف على نفس المضروب ، يجزي الضغث . وهذا اذا كان الضرب مصلحةً ، كاليمين على إقامة الحد ، أو التعزير المأمور به . أما التأديب على شيء من المصالح الدنيوية ، فالأولى العفو ، ولا كفارة . ويعتبر في الضغث ، أن يصيب كل قضيب جسده ، ويكفي ظن وصولها اليه ، ويجزي ما يُسَمَّى به ضارباً .

« الثالثة » : اذا حلف : لا ركبتُ دابة العبد ، لم يحنث بركوبها لأنها ليست له حقيقةً . وإن إضيفت اليه ، فعلى المجاز . أما لو قال : لا ركبت دابة المكاتب ، حنث بركوبها ، لأن تصرف المولى ينقطع عن أمواله ، وفيه تردد .

« الرابعة » : البشارة إسم للإخبار الأول بالشيء السار . فلو قال : لأُعطِيَنَّ من بشّرني بقدوم زيد ، فبشره جماعة دفعةً استحقوا . ولو تتابعوا كانت العطية للاول . وليس كذلك ، لو قال : من أخبرني ، فان الثاني مُخبِرٌ كالأول .

« الخامسة » : إذا قال : أول من يدخل داري فله كذا ، فدخله واحد ، فله وإن لم يدخل غيره . ولو قال : آخر من يدخل ، كان لِآخرِ داخلٍ قبل موته ، لأن إطلاق الصفة يقتضي وجودها في حال الحياة .

« السادسة » : اذا حلف : لا شربت الماء ، أو لا كلمت الناس تناولت اليمين كل واحد من افراد ذلك الجنس .

« السابعة » : اسم المال يقع على العين والدين ، الحال والمؤجل . فاذا حلف ليتَصَدقنَّ بماله لم يبرّ إلا بالجميع .

---

(١) المسالك ٣ / ١٥٩ : الضغث وهو لغة ملاء اليد من الحشيش ونحوه ، والمراد هنا ضربة بقبضة تشتمل على عدد من القضبان والسياط ونحوها .

« الثامنة » : يقع على القرآن اسم الكلام ، وقال الشيخ : لا يقع عرفاً ، وهو يشكل بقوله تعالى : « . . . حتى يسمع كلام الله » (١) : ولا يحنث بالكتابة والإشارة لو حلف ألا يتكلم .

« التاسعة » : الحُلِيّ يقع على الخاتم واللؤلؤ ، فلو حلف لا يلبس الحلي ، حنث بلبس كل واحد منهما .

« العاشرة » : التَسَرّي هو وطء الأمة . وفي اشتراط التحذير نظر (٢).

« الحادية عشرة » : اذا حلف ، لأقضين دين فلان إلى شهرٍ ، كان غاية . ولو قال : الى حين أو زمان ، قال الشيخ : يحمل على المدة ، التي حمل عليها نذر الصيام ، وفيه إشكال ، من حيث هو تعدّ عن موضع النقل . وما عداه ، إن فهم المراد به ، والا كان مبهماً .

« الثانية عشرة » : الحنث يتحقق بالمخالفة إختيـاراً ، سواء كان بفعله أو فعل غيره . كما لو حلف لا أدخل بلداً ، فدخله بفعله ، أو قعد في سفينة فسارت به ، أو ركب دابةً ، أو حمـله إنسان . ولا يتحقق الحنث بالإكراه ، ولا مع النسيان ، ولا مع عدم العلم .

الرابع

في : اللواحق

وفيه مسائل :

« الاولى » : الأيمان الصادقة كلها مكروهة ، ويتأكد الكراهة في

---

(١) التوبة : ٩ / ٧ .

(٢) المسالك ٣ / ١٦١ : اختلف في معنى التسري ، فذهب بعضهم الى أنه يحصل بثلاثة امور ، ستر الجارية عن أعين الناس المعبر عنه بالتحذير ، والوطي ، والانزال ...

الغموس على اليسير من المال (١) . نعم ، لو قصد دفع المظلمة ، جاز وربما وجبت ، ولو كذب . لكن إن كان يحسن التورية ، ورّى وجوباً . ومع اليمين ، لا إثم ولا كفارة ، مثل أن يحلف ليدفع ظالماً عن إنسانٍ أو مالِهِ أو عرضِهِ .

« الثانية » : اليمين بالبراءة من الله سبحانه ، أو من رسوله صلى الله عليه وآله ، لا تنعقد ولا تجب بها كفارة ، ويأثم ولو كان صادقاً . وقيل : تجب بها كفّارة ظهار ، ولم أجد به شاهداً . وفي توقيع العسكري عليه السلام الى محمد بن يحيى ، يطعم عشرة مساكين ، ويستغفر الله . ولو قال : هو يهودي ، أو نصراني ، أو مُشرِك إن كان كذا ، لم تنعقد وكان لغواً .

« الثالثة » : لا يجب التكفير ، إلا بعد الحنث . ولو كفّر قبله ، لم يجزئه .

« الرابعة » : لو أعطى الكفارة كافراً ، أو من تجب عليه نفقته ، فان كان عالماً لم يجزئه . وإن جهل فاجتهد ، ثم بان له ، لم يعد . وكذا لو أعطى من يظن فقره فبان غنياً ، لأن الإطلاع على الأحوال الباطنة يتعسّر .

« الخامسة » : لا يجزي في التكفير بالكسوة ، إلا ما يسمى ثوباً . ولو أعطاه قلنسوة أو خفاً لم يجزه ، لانه لا يسمى كسوة ، ويجزي الغسيل من الثياب لتناول الاسم .

« السادسة » : اذا مات ، وعليه كفارة مرتّبة ولم يوص ، اقتصر على أقل رقبة تجزي . وإن أوصى بقيمة تزيد عن ذلك ، ولم يجز الوارث

---

(١) المسالك ٣ / ١٦٢ : المعهود بين الفقهاء وأهل اللغة ، أن اليمين الغموس هي الحلف على الماضي ، كاذباً متعمداً ، بأن يحلف انه ما فعل ، وقد كان فعل ، أو بالعكس . . . وانها سميت غموساً لانها تغمس الحالف في الذنب أو النار . . .

كانت قيمة المجزي من الأصل ، والزيادة من الثلث . وان كانت الكفارة مخيرة ، اقتصر على أقل الخصال قيمةً . ولو أوصى بما هو أعلى ، ولم يجز الورثة ، فان خرج من الثلث فلا كلام ، والا اخرجت قيمة الخصلة الدُنيا من الاصل ، وثلث الباقي . فان قام بمـا أوصى به ، وإلا بطلت الوصية بالزائد ، واقتصر على الدنيا .

« السابعة » : اذا انعقدت يمين العبد ثم حنث وهو رق ، ففرضه الصوم في الكفارات ، مخيرّها ومرتبها . ولو كفّر بغـيره من عتق أو كسوة أو إطعام ، فان كان بغير اذن المولى لم يجزه ، وإن اذن أجزأه ، وقيل : لا يجزيه ، لأنه لا يملك بالتمليك والأول أصح . وكذا لو اعتق عنه المولى باذنه .

« الثامنة » : لا ينعقد يمين العبد بغير إذن المولى ، ولا يلزمه الكفارة وان حنث أذن له المولى في الحنث أو لم يأذن . أما لو أذن له في اليمين فقد انعقدت ، فلو حنث باذنه ، فكفر بالصوم ، لم يكن للمولى منعه . ولو حنث من غير إذنه ، كان له منعه . ولو لم يكن الصوم مضراً ، وفيه تردد .

« التاسعة » : إذا حنث بعد الحرية ، كفّر كالحر . ولو حنث ثم اعتق ، فالإعتبار بحال الأداء . فان كان موسراً ، كفّر بالعتق أو الكسوة أو الإطعام . ولا ينتقل الى الصوم الا مع العجز . هذا في المرتبة ، وفي المخيّرة يكفّر بأي خصالها شاء .

كِتَابُ النَّذْرِ

والنظر في :

الناذر

والصيغة

ومتعلق النذر

ولواحقه

النَّظَرُ الأَوَّل

في : الناذر *

أما الناذر :

فهو : البالغ ، العاقل ، المسلم .

فلا يصح : من الصبي . . ولا من المجنون . . ولا من الكافر ، لتعذر نية القربة في حقه ، واشتراطها في النذر .

لكن لو نذر فأسلم ، استحب له الوفاء .

ويشترط في نذر المرأة بالتطوعات إذن الزوج . وكذا يتوقف نذر المملوك على إذن المالك . فلو بادَرَ ، لم ينعقد وان تحرر ، لانه وقع فاسداً . وان اجاز المالك ، ففي صحته تردد ، أشبهه اللزوم .

ويشترط فيه القصد . فلا يصح من المُكْرَه ، ولا السكران ، ولا الغضبان الذي لا قصد له .

النَّظَرُ الثَّانِي

في : الصيغة *

وأما الصيغة :

فهي : إما بِرٌّ ، أو زجر ، أو تبرع .

فالبر : قد يكون شكراً للنعمة ، كقوله : إن أُعطيتُ مالاً أو ولداً أو قدم المسافر فلله عليّ كذا . وقد يكون دفعاً لبليّة ، كقوله : ان بريء المريض أو تخطّأني المكروه فلله علي كذا .

والزجر : أن يقول : ان فعلت كذا فلله علي كذا ، أو إن لم أفعل كذا فلله علي كذا .

والتبرع : أن يقول : لله علي كذا .

ولا ريب في إنعقاد النذر بالأولَيَيْن ، وفي الثالثة خلاف ، والانعقاد أصح.

ويشترط مع الصيغة نية القربة . فلو قصد منع نفسه بالنذر لا لله ، لم ينعقد . ولابد أن يكون الشرط في النذر سائغاً ، إن قصد الشكر والجزاء طاعة . ولا ينعقد النذر بالطلاق ولا بالعتاق .

النَّظَرُ الثَّالِث

في : متعلق النذر *

وأما متعلق النذر :

فضابطه : أن يكون طاعةً ، مقدوراً للناذر : فهو إذن مختص بالعبادات : كالحج ، والصوم ، والصلاة ، والهدي ، والصدقة ، والعتق .

*** مسائل الحج * :**

أما الحج فنقول : لو نذره ماشياً لَزِمَ ، ويتعين من بلد النّذر .

وقيل : من الميقات . ولو حجّ راكباً مع القدرة ، أعاد . ولو ركب بعضاً ، قضى الحجّ ومشى ما ركب . وقيل : ان كان النذر مطلقاً ، أعاد ماشياً . وان كان معيناً بسنة ، لزمه كفارة خُلف النذر ، والاول مروي .

ولو عجز الناذر عن المشي ، حجّ راكباً ، وهل يجب عليه سياق بُدنة ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا يجب بل يستحب وهو الاشبه .

ويحنث لو نذر أن يحج راكباً فمشى . ويقف ناذر المشي في السفينة لانه أقرب الى شَبَه الماشي والوجه الاستحباب ، لأن المشي يسقط هنا عادة . ويسقط المشي عن ناذره بعد طواف النساء .

فروع

لو نذر أن يمشي الى بيت الله الحرام ، إنصرف الى بيت الله سبحانه بمكة . وكذا لو قال : الى بيت الله واقتصر ، وفيه قول بالبطلان الا أن ينوي غيره (١) .

ولو قال : أن أمشي الى بيت الله لا حاجاً ولا معتمراً ، قيل : ينعقد بصدر الكلام وتلغو الضميمة . وقال الشيخ : يسقط النذر ، وفيه إشكال ينشأ من كون قصد بيت الله طاعة .

ولو قال : أن أمشي واقتصر ، فان قصد موضعاً انصرف الى قصده وان لم يقصد لم ينعقد نذره ، لأن المشي ليس طاعة في نفسه .

ولو نذر إن رزق ولداً يحج به أو يحج عنه ثم مات . حُجّ بالولد أو عنه من صُلب ماله .

ولو نذر أن يحج ، ولم يكن له مال ، فحج عن غيره ، أجزأ عنهما على تردد .

---

(١) وفي « ه ٣ / ٢٥٩ » : « الحرام » بدلا من « غيره » .

مسائل الصوم :

ولو نذر صوم أيام معدودة ، كان مخيّراً بين التتابع والتفريق ، إلا مع شرط التتابع .

والمبادرة بها أفضل (١) ، والتأخير جائز .

ولا ينعقد نذر الصوم ، إلا أن يكون طاعةً . فلو نذر صوم العيدين أو أحدهما ، لم ينعقد . وكذا لو نذر صوم أيام التشريق بمنى : وكذا لو نذرت صوم أيام حيضها .

وكذا لا ينعقد ، اذا لم يكن ممكناً ، كما لو نذر صوم يوم قدوم زيد ، سواء قدم ليلاً أو نهاراً . أما ليلاً فلعدم الشرط ، وأما نهاراً فلعدم التمكن من صيام اليوم المنذور فيه ، وفيه وجه آخر .

ولو قال : لله علي أن أصوم يوم قدومه دائماً ، سقط وجوب اليوم الذي جاء فيه . ووجب صومه فيما بعد . ولو اتفق ذلك اليوم في رمضان صامه عن رمضان خاصة . وسقط النذر فيه ، لأنه كالمستثني ولا يقضيه . ولو اتفق ذلك يوم عيد ، أفطره إجماعاً . وفي وجوب قضائه خلاف ، والأشبه عدم الوجوب.

ولو وجب - على ناذرِ ذلك اليوم - صومُ شهرين متتابعين في كفارة قال الشيخ : صام في الشهر الأول من الأيام عن الكفارة ، تحصيلاً للتتابع : فاذا صام من الثاني شيئاً ، صام ما بقي من الأيام عن النذر ، لسقوط التتابع . وقال بعض المتأخرين : يسقط التكليف بالصوم ، لعدم إمكان التتابع ، وينتقل الفرض الى الإطعام ، وليس شيئاً . والوجه صيام ذلك اليوم ، وإن تكرر عن النذر . ثم لا يسقط به التتابع ، لا في الشهر الأول

---

(١) المسالك ٣ / ١٦٧ : لا إشكال في استحباب المبادرة ، لما فيها من المسارعة الى سبب المغفرة المأمور بها . . .

ولا الآخر ، لأنه عذر لا يمكن الاحتراز منه . ويتساوى في ذلك ، تقدمُ وجوب التكفير على النذر وتأخره .

واذا نذر صوماً مطلقاً ، فأقله يوم . وكذا لو نذر صدقةً ، اقتصر على أقل ما يتناوله الاسم .

ولو نذر الصيام في بلد معين ، قال الشيخ : صام أين شاء ، وفيه تردد .

ومن نذر أن يصوم زماناً ، كان خمسة أشهر . ولو نذر حيناً ، كان ستة أشهر . ولو نوى غير ذلك عند النذر لزمه ما نوى .

مسائل الصلاة :

اذا نذر صلاةً ، فأقل ما يجزيه ركعتان . وقيل : ركعةً ، وهو حسن .

وكذا لو نذر أن يفعل قربةً - ولم يعينها - كان مخيراً ، إن شاء صام ، وإن شاء تصدق بشيء ، وإن شاء صلى ركعتين ، وقيل : يجزيه ركعة .

ولو نذر الصلاة في مسجدٍ معين ، أو مكانٍ معين من المسجد ، لَزِمَ لأنه طاعة .

أما لو نذر الصلاة ، في مكانٍ لا مزيّةَ فيه للطاعة على غيره ، قيل : لا يلزم ، وتجب الصلاة ، ويجزي إيقاعها في كل مكان ، وفيه تردد .

ولو نذر الصلاة في وقت مخصوص ، لَزِمَ .

مسائل العتق :

اذا نذر عتق عبد مسلم ، لزم النذر .

ولو نذر عتق كافر غير معين ، لم ينعقد ، وفي المعين خلاف ، والأشبه أنه لا يلزم .

ولو نذر عتقَ رقبةٍ ، أجزأته الصغيرة والكبيرة ، والصحيحة والمعيبة اذا لم يكن العيب موجباً للعتق :

ومن نذر أن لا يبيع مملوكاً ، لزمه النذر : وإن اضطر الى بيعه ، قيل: لم يجز ، والوجه الجواز مع الضرورة .

ولو نذر عتق كل عبد قديم ، لزمه إعتاق من مضى عليه في ملكه ستة أشهر.

مسائل الصدقة :

اذا نذر أن يتصدَّقَ واقتصر ، لزمه ما يسمى صدقة وان قل : ولو قيَّده بقدر ، تعيَّن عليه .

ولو قال بمالٍ كثير ، كان ثمانين درهماً .

ولو قال : خطير أو جليل ، فسَّره بما أراد . ومع تعذر التفسير بالموت ، يرجع الى الولي .

ولو نذر الصدقة في موضع معين ، وجب : ولو صرفها في غيره ، أعاد الصدقة بمثلها فيه .

ومن نذر أن يتصدَّق بجميع ما يملكه ، لزمه النذر . فان خاف الضرر ، قوَّم ماله ، وتصدق أولاً فأولاً ، حتى يعلم أنه قام بقدر مالزم :

ومن نذر أن يخرج شيئاً من ماله في سبيل الخير ، تصدق به على فقراء المؤمنين ، أو في عمرة ، أو حج ، أو في زيارة ، أو في شيء من مصالح المسلمين.

مسائل الهدي :

اذا نذر أن يهدي بُدنة ، انصرف الإطلاق الى الكعبة ، لأنه الاستعمال الظاهر في عُرف الشرع :

ولو نوى بمنى ، لَزِمَ :

ولو نذر الهدي الى غير الموضعين (١) ، لم ينعقد لأنه ليس طاعة .

ولو نذر أن يهدي واقتصر ، انصرف الإطلاق في المهدي إلى النعم وله أن يهدي أقل ما يسمى من النعم هـدياً . وقيل : كان له أن يهدي ولو بيضة . وقيل : يلزمه ما يجزي في الأُضحيّة ، والأول أشبه .

ولو نذر أن يهدي الى بيت الله الحرام غير النعم ، قيل : يبطـل النذر ، وقيل : يُباع ذلك ويُصرف في مصالح البيت .

أما لو نذر أن يهدي عبده ، أو جاريته ، أو دابته ، بيع ذلك وصُرِفَ ثمنه في مصالح البيت ، أو المشهد الذي نذر له ، وفي معونة الحاج أو الزائرين .

ولو نذر نحر الهدي بمكة ، وجب . وهل يتعين التفرقة بها ؟ قال الشيخ: نعم ، عملاً بالاحتياط . وكذا بمنى .

ولو نذر نحره بغير هذين ، قال الشيخ : لا ينعقد . ويقوى أنه ينعقد لأنه قصد الصدقة على فقراء تلك البقعة ، وهو طاعة .

ولو نذر أن يهدي بُدنة ، فان نوى من الابل لزم . وكذا لو لم ينو لأنها عبارة عن الانثى من الابل .

وكل من وجب عليه بُدنة في نذر ، فان لم يجد لزمه بقرة ، وان لم يجد فسبع شياه .

النَّظَرُ الرَّابِع

في : اللواحق .

وأما اللواحق : فمسائل

« الاولى » : يلزم بمخالفة النَّذر المنعقد كفَّارة يمين ، وقيل كفارة

(١) المسالك ٣ / ١٧٠ : لأنهما محل الهدي شرعاً .

من أفطر في شهر رمضان ، والاول أشهر . وإنما تلزم الكفـارة ، اذا خالف عامداً ، مختاراً .

« الثالية » : اذا نذر صوم سنة معينة ، وجب صومها أجمع ، إلا العيدين وأيام التشريق إن كان بمنى . ولا تصام هذه الايام ولا تقضى . ولو كان بغير منى ، لزمه صيام أيام التشريق . فلو أفطر عامـداً - لغير عذر - في شيء من أيام السنة ، قضاه وبنى إن لم يشترط التتابع وكفّر . ولو شرط ، استأنف . وقال بعض الأصحاب : إن تجاوز النصف ، جاز البناء ولو فرّق ، وهو تحكم . ولو كان لعذرٍ ، كالمرض والحيض والنفاس بني على الحالين (١) ولا كفارة . ولو نذر صوم الدهر ، صح . ويسقط العيدان وأيام التشريق بمنى ويفطر في السفر . وكذا الحائض في أيام حيضها ولا يجب القضاء اذ لا وقت له . والسفر الضروري عذر ، لا ينقطع به التتابع ، وينقطع بالاختياري . ولو نذر صوم سنة غير معينة ، كان مخيراً بين التوالي والتفرقة ، إن لم يشترط التتابع . وله ان يصوم اثني عشر شهراً والشهر إما عدة بين هلالين ، أو ثلاثون يوماً . ولو صام شوّالاً ، وكان ناقصاً ، أتمّه بيومٍ بدلاً عن العيد . وقيل : بيومين وهو حسن . وكذا لو كان بمنى في أيام التشريق ، فصام ذا الحجة ، قضى العيد وأيام التشريق . ولو كان ناقصاً ، قضى خمسة ايام . ولو صام سنة واحدةً ، أتمها بشهر ويومين ، بدلاً عن شهر رمضان وعن العيدين ، ولم ينقطع التتابع بذلك لأنه لا يمكن الإحتراز منه . ولو كان بمنى ، قضى أيام التشريق أيضاً ولو نذر صوم شهر متتابعاً ، وجب أن يتوخى ما يصح ذلك فيه : وأقله أن يصح فيه تتابع خمسة عشر يوماً . ولو شرع في ذي الحجة ، لم يجزِ لأن التتابع ينقطع بالعيد .

---

(١) سواء شرط التتابع لنفسه أم لا .

« الثالثة » : إذا نذر أن يصوم أول يوم من شهر رمضـــان ، لم ينعقد نذره ، لأن صيامه مستحق بغير النذر ، وفيه تردد :

« الرابعة » : اذا نذر المعصية ، لا ينعقد ، ولا يجب به كفارة ، كمن نذر أن يذبح آدَمِيّاً ، أباً كان أو أماً أو ولداً ، أو نسيباً أو أجنبياً. وكذا لو نذر لَيَقتُلَنَّ زيداً ظلماً ، أو نذر أن يشرب خمراً ، أو يركب محظوراً ، أو يترك فرضاً ، فكل ذلك لغوٌ لا ينعقد . ولو نذر أن يطوف على أربعٍ ، فقد مرت في باب الحج ، والاقرب أنه لا ينعقد :

« الخامسة » : اذا عجز الناذر عما نذره ، سقط فرضه . فلو نذر الحج فصُدَّ ، سقط النذر . وكذا لو نذر صوماً فعجز ، لكن رُوِيَ في هذا ، يتصدق عن كلِّ يومٍ بمُدٍّ من طعام :

« السادسة » : العهد حكمه حكم اليمين . وصورته أن يقول : عاهدت الله ، أو عليَّ عهد الله ، أنه متى كان كذا ، فَعَلَيَّ كذا . فان كان ما عاهد عليه ، واجباً أو مندوباً ، أو ترك مكروه أو إجتناب محرَّمٍ ، لَزِم ، ولو كان بالعكس ، لم يلزم . ولو عاهد على مباحٍ ، لزم كاليمين : ولو كان فعله أَولى أو تركه ، فليفعل الأَولى ، ولا كفارة . وكفارة المخالفة في العهد كفارة يمين ، وفي رواية كفارة من أفطر يوماً من شهر رمضان ، وهي الأشهر :

« السابعة » : العهد والنذر ينعقدان بالنطق ، وهل ينعقدان بالضمير والإعتقاد ؟ قال بعض الأصحاب : نعم ، والوجه أنهما لا ينعقدان إلا بالنطق :

تم قسم الايقاعات

بسم الله الرحمن الرحيم

القسم الرابع

في الأحكام

وهي

اثنا عشر كتاباً

كتاب الصيد والذكاة

☆ كتاب الصيد ☆

والنظر في الصيد يستدعي بيان امور ثلاثة

الأوّل

في : ما يؤكل صيده وان قتل

ويختص من الحيوانات ، بالكلب المعلَّم دون غيره من جوارح السباع والطير .

فلو اصطاد بغيره ، كالفهد والنمر ، أو غيرهما من السباع ، لم يحل منه الا ما يدرك ذكاته . وكذا لو اصطاد ، بالبازي والعقاب والباشق ، وغير ذلك من جوارح الطير ، معلَّماً كان أو غير معلَّم ؛

ويجوز الإصطياد : بالسيف ، والرمح ، والسهام ، وكل ما فيه نصل: ولو أصاب معترضاً فقتل ، حلَّ . ويؤكل ما قتله المعراض ، إذا خرق اللحم : وكذا السهم الذي لا نصل فيه ، اذا كان حاداً ، فخرق اللحم :

ويشترط في الكلب ، لإباحة ما يقتله ، أن يكون معلَّماً :

ويتحقق ذلك بشروط ثلاثة : أن يسترسل إذا ارسله : : وينزجر اذا زجره : : والا يأكل ما يمسكه :

فان أكل نادراً ، لم يقدح في إباحة ما يقتله : وكذا لو شرب دم الصيد واقتصر .

ولابد من تكرار الاصطياد به ، متصفاً بهذه الشرائط ، ليتحقق حصولها فيه . ولا يكفي اتفاقها مرة .

ويشترط في المرسل شروط أربعة .

الاول . أن يكون مسلماً

أو بحكمه كالصبي . فلو أرسله المجوسي أو الوثني ، لم يحل أكل ما يقتله . وإن أرسله اليهودي أو النصراني فيه خلاف ، أظهره أنه لا يحل .

الثاني : أن يرسله للاصطياد

فلو استرسل من نفسه ، لم يحل مقتوله . نعم ، لو زجره عقيب الاسترسال فوقف ، ثم أغراه صح ، لأن الاسترسال انقطع بوقوفه ، وصار الإغراء إرسالاً مستأنفاً . ولا كذلك لو استرسل فأغراه .

الثالث . أن يسمي عند ارساله

فلو ترك التسمية عمداً ، لم يحل ما يقتله ، ولا يضر لو كان نسياناً ولو أرسل واحدٌ ، وسمّى به آخر ، لم يحل الصيد مع قتله له .
ولو سمى فأرسل آخرٌ كلبَه ولم يسمِّ ، فاشتركا في قتل الصيد ، لم يحل .

الرابع : أن لا يغيب الصيد وحياته مستقرة

فلو وُجِدَ مقتولاً أو ميتاً بعد غيبته لم يحل ، لاحتمال أن يكون القتل لا منه ، سواء وجد الكلب واقفاً عليه أو بعيداً منه .

ويجوز الاصطياد بالشَرَك والحبالة والشباك ، لكن لا يحل منه إلا ما يدرك ذكاته ، ولو كان فيه سلاح . وكذا السهم ، اذا لم يكن فيه نصل ولا يخرق ، وقيل : يحرم أن يرمى الصيد بما هو اكبر منه ، وقيل : بل يكره ، وهو أولى .

الثاني

في : أحكام الاصطياد

ولو أرسل المسلم والوثني آلتهما فقتلاه لم يحل ، سواء اتفقت آلتهما مثل أن يرسلا كلبين أو سهمين ، أو اختلفا كأن يرسل أحدهما كلباً والآخر سهماً ، وسواء اتفقت الإصابة في وقت واحد أو وقتين ، اذا كان أثر كل واحدة من الآلتين قاتلاً :

ولو أثخنه المسلم ، فلم تعـد حياته مستقرة ، ثم ذفّف عليه الآخر حلّ ، لأن القاتل المسلم .

ولو العكس الفرض لم يحل . ولو اشتبه الحالان حرم تغليباً للحرمة.

ولو كان مع المسلم كلبان ، أرسل أحدهما ، واسترسل الآخر ، فقتلا لم يحل .

ولو رمى سهماً ، فأوصلته الريح الى الصيد فقتله حلّ ، وإن كان لولا الريح لم يصل . وكذا لو أصاب السهم الأرض ثم وثب فقتل (١) :

---

(١) المسالك ٣/ ١٨٨ : لان ما يتولد من فعل الرامي منسوب اليه ، إذ لا اختيار للسهم « بتصرف » .

والاعتبار في حل الصيد بالمرسِل لا بالمعلِّم فان كان المرسل مسلماً فقتل ، حلّ ، ولو كان المعلِّم مجوسياً أو وثنياً . ولو كان المرسل غير مسلم ، لم يحل . ولو كان المعلم مسلماً .

ولو أرسل كلبه على صيد وسمّى ، فقتل غيره ، حل . وكذا لو أرسله على صيود كبار ، فتفرقت عن صغار فقتلها ، حلّت اذا كانت ممتنعة . وكذا الحكم في الآلة . أما لو أرسله ولم يشاهد صيداً ، فاتفق إصابة الصيد ، لم يحل ولو سمى ، سواء كانت الآلة كلباً أو سلاحاً ، لأنه لم يقصد الصيد ، فجرى مجرى استرسال الكلب .

والصيد الذي يحل بقتل الكلب له ، أو الآلة ، في غير موضع الذكاة ، هو كل ما كان ممتنعاً ، وحشياً كان أو إنسياً . وكذلك ما يصول من البهائم ، أو يتردى في بئر وشبهها ، ويتعذر ذبحه أو نحره ، فانه يكفي عقرها في استباحتها . ولا يختص العقر - حينئذ - بموضع من جسدها .

ولو رمى فرخاً لم ينهض فقتل ، لم يحل (١) . وكذا لو رمى طائراً وفرخاً لم ينهض ، فقتلهما ، حل الطائر دون الفرخ .

ولو تقاطعت الكلابُ الصيدَ قبل ادراكه ، لم يحرم .

ولو رمى صيداً فتردى من جبل ، أو وقع في الماء فمات ، لم يحل لاحتمال ان يكون موته من السقطة . نعم لو صيّر حياته غير مستقرة حل لأنه يجري مجرى المذبوح .

ولو قطعت الآلة منه شيئاً ، كان ما قطعته ميتة ، ويذكى ما بقي إن كانت حياته مستقرة .

ولو قدّه (٢) بنصفين ، فلم يتحرّكا ، فهما حلال .

---

(١) ن : ٣ / ١٨٩ : لان المعتبر في حل المقتول بالرمي كونه ممتنعاً ، سواء كان وحشياً أم انسياً « بتصرف » .

(٢) وفي « ه ٣ / ٢٦٣ » : « قطعته » بدلا من « قده » .

ولو تحرك أحدهما ، فالحلال هو دون الآخر . وقيل يؤكلان ، إن لم يكن في المتحرك حياة مستقرة ، وهو أشبه . وفي رواية يؤكل ما فيه الرأس . وفي اخرى ، يؤكل الاكبر دون الاصغر ، وكلاهما شاذ .

الثالث

في : اللواحق

وفيه مسائل :

« الاولى » : الاصطياد بالآلة المغصوبة حرامٌ ، ولا يحرم الصيد ويملكه الصائد دون صاحب الآلة ، وعليه أجرة مثلها ، سواء كانت كلباً أو سلاحاً .

« الثانية » : اذا عض الكلب صيداً ، كان موضع العضة نجساً ، يجب غسله على الاصح .

« الثالثة » : اذا ارسل كلبه أو سلاحه فجرحه ، ثم ادركه حياً فان لم تكن حياته مستقرة ، فهو بحكم المذبوح . وفي الاخبار أدنى مـا يُدرك ذكاته ، أن يجده يركض رجله ، أو يطرف عينه ، أو يتحرك ذنبه . وإن كانت مستقرة ، والزمان يتسع لذبحه ، لم يحل أكله حتى يذكى . وقيل : إن لم يكن معه ما يذبح به ، ترك الكلب حتى يقتله ، ثم يأكله إن شاء . اما اذا لم يتسع الزمان الذبحه ، فهو حلال ، ولو كانت حيـاته مستقرة . وإن صيره الرامي ، غير ممتنع ملكه وإن لم يقبضه ، فلو أخذه غيره ، لم يملكه الثاني ، ووجب دفعه الى الاول .

* كتاب الذباحة *

وأما الذباحة : فالنظر فيها ، اما في الأركان ، واما في اللواحق

الأوّل

في الأركان

أما الاركان فثلاثة : الذابح ، والآلة ، وكيفية الذبح

أما الذابح :

فيشترط فيه : الاسلام أو حكمه . فلا يتولاّه الوثني . فلو ذبح كان المذبوح ميتة . وفي الكتابي روايتان : اشهرهما المنع . فلا تؤكل ذباحة اليهودي ، ولا النصراني ، ولا المجوسي . وفي رواية ثالثة ، تؤكل ذباحة الذمي ، اذا سُمِعت تسميته ، وهي مطروحة .

وتذبح : المسلمة ، والخصي ، والجنب ، والحائض ، وولد المسلم وإن كان طفلاً اذا أحسن .

ولا يشترط الايمان ، وفيه قول بعيد باشتراطه . نعم ، لا يصح ذباحة المُعلِن بالعداوة لأهل البيت عليهم السلام ، كالخارجي وإن أظهر الإسلام .

وأما الآلة :

فلا يصح التذكية الا بالحديد . ولو لم يوجد ، وخيف فوت الذبيحة

جاز بما يفري اعضاء الذبح ، ولو كان ليطةً أو خشبة أو مروةً حادةً أو زجاجةً . وهل تقع الذكاة بالظفر ، أو السن مع الضرورة ؟ قيل : نعم ، لأن المقصود يحصل ، وقيل : لا ، لمكان النهي ولو كان منفصلاً :

وأما الكيفية :

فالواجب قطع الاعضاء الاربعة : المريّ وهو مجرى الطعام . : والحلقوم وهو مجرى النفس . . والوَدَجان وهما عرقان محيطان بالحلقوم :

ولا يجزي قطع بعضها مع الامكان ، هذا في قـول مشهور : وفي الرواية : اذا قطع الحلقوم ، وخرج الدم ، فلا بأس .

ويكفي في المنحور ، طعنه في ثغرة النحر ، وهي وهدة اللبّة :

ويشترط فيها شروط أربعة :

الاول : أن يستقبل بها القبلة مع الإمكان

فان أخل عامداً ، كانت ميتةً . وإن كان ناسياً ، صح : وكذا لو لم يعلم جهة القبلة .

الثاني : التسمية

وهي أن يذكر الله سبحانه ، فلو تركها عامداً لم يحل ، ولو نسي لم يحرم .

الثالث : اختصاص الابل بالنحر

وما عداها بالذبح في الحلق ، تحت اللحيين . فان نحر المذبوح ، أو ذبح المنحور ، فمات لم يحل . ولو أدركت ذكاته فذكّى حَلّ ، وفيه تردد ، إذ لا استقرار لحياته بعد الذبح أو النحر . وفي إبانة الرأس عامداً خلافٌ أظهره الكراهية : وكذا سلخ الذبيحة قبل بردها أو قطـع شيء منها . ولو انفلت الطير ، جاز أن يرميه بنشاب أو رمح أو سيف ، فان

سقط وأدرك ذكاته ذبحه ، وإلا كان حلالاً :

الرابع : الحركة بعد الذبح كافية في الذكاة

وقال بعض الأصحاب : لابد مع ذلك من خروج الـدم ، وقيل : يجزي أحدهما ، وهو أشبه . ولا يجزى خروج الدم متثاقلاً ، إذا انفرد عن الحركة الدالة على الحياة .

* * *

ويستحب في ذبح الغنم : أن تربط يداه ورجل واحـدة ، ويطلق الاخرى ، ويمسك صوفه أو شعره حتى يبرد . . وفي البقر : تعقل يداه ورجلاه ، ويطلق ذنبه . . وفي الابل : تربط أخفافه الى آباطه ، وتطلق رجلاه . . وفي الطير : ان يرسل بعد الذباحة .

ووقت ذبح الاضحية : ما بين طلوع الشمس الى غروبها .

وتكره الذباحة : ليلاً إلا مع الضرورة . . وبالنهار يوم الجمعة الى الزوال . . وأن ينخع الذبيحة . . وأن يقلب السكين فيذبح الى فوق ، وقيل : فيهما يحرم ، والاول أشبه . . وأن يُذبح حيوان وآخر ينظر اليه :

الثاني

في اللواحق

وأما اللواحق فمسائل

« الاولى » : ما يباع في أسواق المسلمين ، من الذبائح واللحوم ، يجوز شراؤه ، ولا يلزم الفحص عن حاله .

« الثانية » : كل ما يتعذر ذبحه أو نحره من الحيوان ، إمـا لاستعصائه ، أو لحصوله في موضعٍ لا يتمكن المذكّى من الوصول الى موضع الذكاة منه ، وخيف فوته ، جاز أن يعقر بالسيوف ، أو غيرها مما يجرح ، ويحل ، وإن لم يصادف العقر موضع التذكية .

« الثالثة » : اذا قُطِعَت رقبة الذبيحة ، وبقيت أعضاء الذباحة ، فان كانت حياتها مستقرة ، ذبحت وحلت بالذبح ، والا كانت ميتةً : ومعنى المستقرة ، التي يمكن ان يعيش مثلها اليوم والأيام . وكذا لو عقرها السبع . ولو كانت الحياة غير مستقرة ، وهي التي يقضى بموتها عاجلاً ، لم تحل بالذباحة ، لان حركتها كحركة المذبوحة .

« الرابعة » : اذا نذر أضحيةً معينةً ، زال ملكه عنها . ولو أتلفها كان عليه قيمتها . ولو نذرها أضحية وهي سليمة ، فعابت ، نحرها على ما بها وأجزأته . ولو ضلّت أو عطبت أو ضاعت ، من غير تفريط ، لم يضمن .

« الخامسة » : اذا نذر الأضحية ، فذبحها يوم النحر غيره ، ولم ينو عن صاحبها ، لم يجز عنه . ولو نوى عنه ، أجزأته وإن لم يأمره .

« السادسة » : اذا نذر الأضحية ، وصارت واجـبة ، لم يسقط استحباب الأكل منها .

« السابعة » : ذكاة السمك إخراجه من الماء حيّاً . ولو وثب ، فأخذه (١) قبل موته ، حلّ . ولو أدركه بنظره (٢) ، فيه خلاف ، أشبهه أنه لا يحل . ولو أخرجه مجوسي أو مشرك ، فمات في يده ، حلّ . ولا يحل أكل ما يوجد في يده ، حتى يعلم أنه مات بعد إخراجه من الماء .

---

(١) الروضة ٧ / ٢٣٩ : حياً .

(٢) ن : قد خرج من الماء حياً ثم مات . . .

ولو أُخِذَ وأُعيد في الماء فمات ، لم يحل وان كان ناشِباً في الآلة لأنه مات فيما فيه حياته : وهل يحل أكل السمك حياً ؟ قيل : لا ، والوجه الجواز لانه مذكّى . ولو نُصِبَت شبكة ، فمات بعض ما حصل فيها ، واشتبه الحي بالميت ، قيل : حلّ الجميع حتى يعلم الميت بعينه ، وقيل : يحرم الجميع تغليباً للحرمة ، والأول حسن .

« الثامنة » : ذكاة الجراد أخذه ، ولا يشترط في أخذه الإسلام . ولو مات قبل أخذه لم يحل . وكذا لو وقع في أَجَمة نارٍ ، فاحترقتها وفيها جراد ، لم يحل وان قصده المحرق . ولا يحل الدَّبا (١) حتى يستقل بالطيران . فلو أخذ قبل إستقلاله ، لم يؤكل .

« التاسعة » : ذكاة الجنين ذكاة أمه (٢) إن تمت خلقته ، وقيل : ولم تلجه الروح . ولو ولجته ، لم يكن بدٌّ من تذكيته ، وفيه إشكال . ولو لم يتم خلقته ، لم يحل أصلاً . ومع الشرطين ، يحل بذكاة أمه . وقيل : لو خرج حياً ، ولم يتسع الزمان لتذكيته ، حلّ أكله ، والأول أشبه .

---

(١) الروضة ٧ / ٢٤٨ : بفتح الدال مقصوراً ، وهو الجراد قبل أن يطير ، وإن ظهر جناحه ، جمع دباة بالفتح أيضاً .

(٢) هذا لفظ الحديث النبوي ، وعن أهل البيت عليهم السلام مثله « جمعاً بين الروضة ٧ / ٢٤٨ وسنن ابن ماجه ٢ / ١٠٦٧ طبعة سنة ١٣٧٣ » .

خاتمة

تشتمل على أقسام

الاول : في مسائل من أحكام الذباحة

وهي ثلاث :

« الاولى » : يجب متابعة الذبح ، حتى يستوفي الأعضاء الأربعة ، فلو قطع بعض الاعضاء ، وأرسله ، فانتهى الى حركة المذبوح ، ثم استأنف قطعَ الباقي حَرُمَ ، لانه لم يبق فيه حياة مستقرة : ويمكن أن يُقال : يَحِلّ ، لان إزهاق روحه بالذبح لا غير ، وهو أولى .

« الثانية » : لو أخذ الذابح في الذبح ، فانتزع آخر حشوته ـ معاً ـ كان ميتةً (١) . وكذا كل فعل لا يستقر معه الحياة .

« الثالثة » : اذا تيقن بقاء الحياة بعد الذبح ، فهو حلال ، وإن تيقن الموت قبله فهو حرام . وإن اشتبه الحال ، ولم يعلم حركة المذبوح ولا خروج الدم المعتدل ، فالوجه تغليب الحرمة .

---

(١) المسالك ٣ / ١٩٧ : وذلك لان استناد الموت الى الذبح ليس أولى من استناده الى السبب الآخر ، الذي لا يستقر معه الحياة ، لان الغرض حصولها معاً ، وأحد السببين محلل والآخر محرم ، فيستصحب التحريم . هذا إذا أعتبرنا استقرار الحياة ، والا كفى في حله الحركة بعد الذبح ، أو ما يقوم مقامها وان تعدد سبب الازهاق .

الثاني : فيما تقع عليه الذكاة

وهي تقع على كل حيوان مأكولٍ ، بمعنى أنه يكون طاهراً بعد الذبح ؛ ولا تقع على حيوان نجس العين ، كالكلب والخنزير ، بمعنى أنه يكون باقياً على نجاسته بعد الذبح ؛

وما خرج عن القسمين فهو أربعة أقسام :

« الاول » : المسوخ

ولا تقع عليها الذكاة ، كالفيل والدب والقرد . وقال المرتضى رحمه الله : تقع ؛

« الثاني » : الحشرات

كالفأرة وابن عرس والضب . وفي وقوع الذكاة عليها تردد ، أشبهه أنه لا يقع ؛

« الثالث » : الآدَمِيّ

لا يقع عليه الذكاة لحرمته ، ويكون ميتةً ولو ذُكّي ؛

« الرابع » : السباع

كالأسد والنمر والفهد والثعلب ، وفي وقوع الذكاة عليها تردد ، والوقوع أشبه ، وتطهر بمجرد الذكاة . وقيل : لا تستعمل مع الذكاة حتى تُدبغ ؛

الثالث : في مسائل من أحكام الصيد

وهي عشرة :

« الاولى » : ما يثبت في آلة الصياد ، ، كالحبالة والشبكة ، يملكه لاصبُها . وكذا كل ما يعتاد الاصطياد به ، ولا يخرج عن ملكه بإنفلاته

بعدا ثباته . نعم ، لا يملكه بتوحُّله في أرضه ، ولا بتعشيشه في داره ، ولا بوثوب السمك الى سفينته . ولو اتخذ موحِلَةً (١) للصيد ، فنشب بحيث لا يمكنه التخلص ، لم يملكه بذلك ، لانها ليست آلة معتادة ، وفيه تردد : ولو أغلق عليه باباً ولا مخرَج له ، أو في مضيق لا يتعذّر قبضه ، ملكه وفيه أيضاً إشكال ، ولعل الأشبه أنه لا يملك هنا ، الا مع القبض باليد أو الآلة . ولو أطلق الصيد من يده ، لم يخرج عن ملكه : فان لوى اطلاقه وقطعَ نيتهِ عن ملكه ، هل يملكه غيره باصطياده ؟ الأشبه لا ، لأنه لا يخرج عن ملكه بنية الإخراج : وقيل : يخرج ، كما لو وقع منه شيء حقير فأهمله ، فانه يكون كالمبيح له ، ولعل بين الحالين (٢) فرقاً .

« الثانية » : اذا أمكن الصيد ، التحامل طائراً أو عادياً ، بحيث لا يقدر عليه إلا بالاتباع المتضمّن للاسراع ، لم يملكه الأول ، وكان لمن أمسكه :

« الثالثة » : اذا رمى الاول صيداً فأثبته ، وصيّره في حكم المذبوح ثم قتله الثاني فهو للأول ، ولا شيء على الثاني إلا أن يفسد لحمه أو شيئاً منه . ولو رماه الأول ، فلم يثبته ، ولا صيره في حكم المذبوح ، ثم قتله الثاني ، فهو له دون الاول . وليس على الاول ضمان شيء مما جناه (٣) . ولو أثبته الاول ، ولم يصيره في حكم المذبوح ، فقتله الثاني فهو مقلِف ، فان كان أصاب محل الذكاة فذكّاه على الوجه ، فهو للاول ، وعلى الثاني الارش . وإن أصابه في غير المذبح ، فعليه قيمته ان لم تكن لميّته قيمة والا كان له الارش : وان جرحه الثاني ولم يقتله ، فان أدرك ذكاته ،

---

(١) ش ٣ / ٢٦٦ / هـ : أي جعل الوحل آلة .

(٢) ن : أي الشيء الحقير والصيد ، لان تحصيله مفقود بخلاف الحقير « س » .

(٣) المسالك ٣ / ١٩٨ : لانه كان مباحاً حينئذ .

فهو حلال للاول . وإن لم يدرك ذكاته فهو ميتة . لانه تلَفَ من فِعلين أحدهما مباح (١) والآخر محظور (٢) ، كما لو قتله كلب مسلمٍ ومجوسي : وما الذي يجب على الجارح ؟ فالذي يظهر لي : أن الاول إن لم يقدر على ذكاته ، فعلى الثاني قيمته بتمامها ، معيباً بالعيب الاول . وان قدر فاهمل ، فعلى الثاني نصف قيمته معيباً . ولعل فقهَ هذه المسألة ينكشف ، باعتبار فرضٍ نفرضه . وهي دابة قيمتها عشرة ، جُني عليها فصارت تساوي تسعة ، ثم جنى آخر فصارت الى ثمانية ، ثم سرت الجنايتان . ففيها احتمالات خمسة : لا يخلو أحدها من خلل ، وهو إما الزام الثاني بكمال قيمته معيباً ، لان جناية الاول غير مضمونة ، بتقدير أن يكون مباحاً وهو ضعيف ، لانه مع إهمال التذكية ، جرى مجرى المشارك في جنايته . . وأما التسوية في الضمان ، وهو حيف على الثاني . . أو إلزام الاول بخمسة ونصف والثاني بخمسة ، وهو حيف أيضاً . . أو إلزام الاول بخمسة ، والثاني بأربعة ونصف ، وهو تضييع على المالك . . أو إلزام كل واحد منهما بنسبة قيمته ، يوم جنى عليه ، وضم القيمتين وبسط العشرة عليهما فيكون على الاول عشرة اسهم من تسعة عشر من عشرة ، وهو أيضاً إلزام الثاني بزيادة لا وجه لها .

والأقرب أن يقال : يلزم الاول خمسة ونصف ، والثاني أربعة ونصف لأن الأرش يدخل في قيمة النفس ، فيدخل نصف أرش جناية الاول في ضمان النصف ، ويبقى عليه نصف الإرش مضافاً الى ضمان نصف القيمة . وهذا أيضاً لا يخلو من ضعف . ولو كانت احدى الجنايتين من المالك ، سقط ما قابل جنايته ، وكان له مطالبة الآخر نصيب جنايته .

---

(١) ش ٢ / ٢٦٦ / هـ : وهو جرح الاول ، لانه في حالة الامتناع « س » .

(٢) المسالك ٣ / ١٩٨ : وهو جرح الثاني ، لانه في حالة عدم الامتناع « بتصرف » .

« الرابعة » : اذا كان الصيد يمتنع بأمرين ، كالدرّاج والقبج ، يمتنع بجناحه وعدوه ، فكسر الرامي جناحه ثم كسر آخر رجله ، قيل : هو لهما وقيل : للأخير لأن بفعله تحقق الإثبات ، والأخير قوي .

« الخامسة » : لو رمى الصيد إثنان فعقراه ، ثم وجد ميتاً ، فان صادف مذبحه فذبحه فهو حلال . وكذا ان أدركاه ، أو أحدهما فذكاه . فان لم يدرك ذكاته ، ووُجِدَ ميتاً لم يحل ، لإحتمال أن يكون الأول أثبته ولم يصيّره في حكم المذبوح ، فقتله الآخر وهو غير ممتنع .

« السادسة » : ما يقتله الكلب بالعقر يُؤكل ، ولا يؤكل ما يقتله بصدمه أو غمّه (١) أو إتعابه .

« السابعة » : لو رأى صيداً ، فظنّه خنزيراً أو كلباً أو غيره ، مما لا يؤكل فقتله ، لم يحل . وكذا او رمى سهماً الى فوق ، فأصاب صيداً وكذا لو مرّ بحجرٍ ثم عاد فرماه ، ظاناً بقاءه فبان صيداً . وكذا لو أرسل كلباً ليلاً فقتل ، لانه لم يقصد الارسال (٢) ، فجرى مجرى الاسترسال .

« الثامنة » : الطير إذا صيد مقصوصاً لم يملكه الصائد . وكذا مع كل أثر يدل على الملك . وإن كان مالكاً جناحه ، فهو لصائده إلا أن يكون له مالك . وعلى هذا او انتقلت الطيور من برج الى آخر ، لم يملكها الثاني .

« التاسعة » : ما يقطع من السمك بعد إخراجه من الماء ذكيّ ، سواء ماتت او وقعت في الماء مستقرة الحياة ، لأنه مقطوع بعد تذكيتها .

---

(١) المسالك ٣ / ٢٠٠ : أي البروك عليه « بتصرف » .

(٢) ن : المراد قصد جنس الصيد المحلل ، فلا يكفي قصد مطلق الحيوان .

« العاشرة » : اذا أصابا صيداً دفعةً ، فان اثبتاه فهو لهما . ولو كان أحدهما جارحاً والآخر مثبتاً ، فهو للمثبت ، ولا ضمان على الجارح ، لأن جنايته لم تصادف ملكاً لغيره ولو جُهِل المُثبِت منهما ، فالصيد بينهما . ولو قيل : يستخرج بالقرعة ، كان حسناً .

كتاب الأطعمة والأشربة

والنظر فيه :

يستدعي

بيان :

أقسام

ستة

القسم الأول

في : حيوان البحر (١)

ولا يؤكل منه ، إلا ما كان سمكاً له فَلْس ، سواء بقي عليه كالشبوط والسِبيّاح ، أو لم يبق كالكنعت (٢) . أما ما ليس له فلس في الاصل كالجِرّي ، ففيه روايتان ، اشهرهما التحريم : وكذا الزِمّار والمارَماهي (٣) والزَهو ، لكن اشهر الروايتين هنا الكراهية .

ويُؤكل الرَبيثا والاربيان والطِمْر والطَبَراني والإبْلامي :

ولا يؤكل : السلحفاة ، ولا الضفادع ، ولا السرطان ، ولا شيء من حيوان البحر ككلبه وخنزيره :

ولو وجد - في جوف سمكة - أخرى ، حلّت إن كانت من جنس ما يحل ، وإلا فهي حرام ، وبهذا روايتان ، طريق احداهما السكوني ، والاخرى مرسَلَة . ومن المتأخرين من منع ، إستناداً الى عدم اليقين بخروجها من الماء حية . وربما كانت الرواية أرجح ، إستصحاباً لحال الحياة :

ولو وجدت في جوف حية سمكة ، أُكِلَت إن لم تكن تسلّخت ولو تسلخت لم تحل ، والوجه أنها لا تحل إلا أن تقذفها والسمكة تضطرب ؛ ولو اعتبر مع ذلك ، أخذها حيّةً ، ليتحقق الذكاة ، كان حسناً .

ولا يؤكل الطافي : وهو ما يموت في الماء ، سواء مات بسبب

---

(١) وفي « ٣٥ / ٢٦٧ » : في الحيوان البحري .

(٢) الروضة ٧ / ٢٦٣ : ويقال : الكنعد ، بالدال المهملة ، ضرب من السمك له فلس صغير ، يحتك بالرمل فيذهب عنه ثم يعود .

(٣) المسالك ٣ / ٢٠٢ : كلمة أعجمية ، معناها حية السمك .

كضرب العلق ، أو حرارة الماء ، أو بغير سبب ، وكذا ما يموت في شبكة الصائد في الماء ، أو في حظيرته :

ولو اختلط الميت بالحي بحيث لا يتميز ، قيل : حلّ الجميع ، واجتنابه أشبه .

ولا يؤكل الجلال من السمك حتى يستبرئ ، بأن يُجعل في الماء يوماً وليلة ، ويُطعَم علَفاً طاهراً .

وبيض السمك المحلل حلالٌ ، وكذا بيض المحرَّم حرام . ومع الاشتباه يؤكل ما كان خشناً ، لا ما كان أملس :

القسم الثاني

في : البهائم

ويؤكل من الإنسيَّةِ : الإبل ، والبقر ، والغنم :

ويكره : الخيل والبغال والحمير - الأهلية - على تفاوت بينها في الكراهية :

وقد يعرض التحريم للمحلَّل من وجوه :

« أحدهما » : الجَلَل وهو أن يغتذي عذرة الإنسان لا غير ، فيحرم حتى يستبرئ : وقيل : يكره والتحريم أظهر : وفي الإستبراء خلاف ، والمشهور استبراء الناقة بأربعين يوماً ، والبقرة بعشرين ، وقيل : تستوي البقرة والناقة في الأربعين ، والأول أظهر . والشاة بعشرة . وقيل : بسبعة والاول أظهر : وكيفيته أن يُربَط ، ويعلف علفاً طاهراً هذه المدة :

« الثاني » : أن يشرب لبن خنزيرة ، فان لم يشتدّ كُرِهَ . ويستحب

استبراؤه بسبعة أيام . وإن اشتد حَرُم لحمه ولحم نسله :

« الثالث » : اذا وطئ الانسانُ حيواناً مأكولاً ، حرم لحمه ولحم نسله . ولو اشتبه بغيره ، قُسِّم فريقين ، وأُقرع عليه مرة بعد أخرى ، حتى تبقى واحدة . ولو شرب شيءٌ من هذه الحيوانات خمراً ، لم يحرم لحمه ، بل يغسل ويؤكل ، ولا يؤكل ما في جوفه : ولو شرب بولاً ، لم يحرم ، ويغسل ما في بطنه ويؤكل . ويحرم الكلب والسنور ، أهلياً كان أو وحشياً . ويكره أن يذبح بيده ، ما ربّاه من النعم : ويؤكل من الوحشية ، والبقر ، والكباش الجبلية والحمر والغزلان واليحامير (١) . ويحرم منها ما كان سَبُعاً ، وهو ما كان له ظفر أو ناب ، يفترس به ، قوياً كان كالأسد والنمر والفهد والذئب ، أو ضعيفاً كالثعلب والضبع وابن آوى . ويحرم : الأرنب . .والضب .. والحشار كلها ، كالحية والفأرة والعقرب والجرذان والخنافس والصراصير وبنات وردان والبراغيث والقمل . وكذا يحرم : اليربوع والقنفذ والوبْر والخز والفَنَك والسَمُّور والسنجاب والعضاء واللُحَكة (٢) وهي دويبة تغوص في الرمل تشبّه بها أصابع العذارى .

---

(١) الروضة ٧ / ٢٦٨ : جمع مفرده يحمور ، وهو حمار الوحش « بتصرف » .

(٢) ن ٧ / ٢٧٣ : بضم اللام وفتح الحاء ، نقل الجوهري عن ابن السكيت ، أنها دويبة شبيهة بالعضاءة تبرق زرقاء ، وليس لها ذنب طويل ، مثل ذنب العظاءة ، وقوائمها خفية .

القسم الثالث

في : الطير

والحرام منه أصناف :

« الاول » : ما كان ذا مِخلاب قوي ، يعدو بـه على الطير ، كالبازي والصقر والعُقاب والشاهين والباشق ، أو ضعيف كالنسر والرَخَمة والبَغاث . وفي الغراب روايتان . وقيل : يحرم الأبقع والكبير ، الذي يسكن الجبال . ويحلّ الزاغ وهو غراب الزرع ، والهُدّاف وهو أصغر منه ، يميل الى الغبرة ما هو (١) .

« الثاني » : ما كان صفيفه (٢) أكثر من دفيفه (٣) ، فانه يحرم . ولو تساويا ، أو كان الدفيف أكثر ، لم يحرم .

« الثالث » : ما ليس له قانصة ولا حوصلة ولا صيصية (٤) ،

---

(١) الروضة ٧ / ٢٧٥ : أي يميل إلى الغبرة يسيراً ويعرف بالرمادي لذلك « وفي الهامش تفصيل » .

(٢) ن ٧ / ٢٧٨ : حال طيرانه ، وهو أن يطير مبسوط الجناحين ، من غير أن يحركهما .

(٣) المسالك ٣ / ٢٠٤ : يقال : دف الطائر في طيرانه ، إذا حرك جناحه ، كأن يضرب بهما دفه . .

(٤) ن : الاصبع الزائدة في باطن رجل الطائر ، بمنزلة الابهام من بني آدم ، لانها شوكته .

فهو حرام . وما له أحدها فهو حلال ، ما لم يُنَص على تحريمه .

« الرابع » : ما يتناوله التحريم عيناً كالخُشَّاف والطاووس . ويكره: الهُدهُد . وفي الخُطَّاف روايتان ، والكراهية أشبه . وتكره الفاختة والقُبَّرة والحُبارَى . واغلظ منه كراهية ، الصُرَد والصُوَّام (١) ، والشَقِرَّاق (٢) ، وإن لم يحرم . ولا بأس بالحمام كلّه (٣) ، كالقَماري والدُبَاسي والوَرَشان . وكذا لا بأس بالحَجَل ، والدُرَّاج ، والقبج والقطا ، والطيهوج ، والدجاج ، والكَرَوَان ، والكُركي ، والصَعْوة . ويعتبر في طير الماء ، ما يعتبر في الطير المجهول ، من غلبة الدفيف أو مساواته للصفيف ، أو حصول أحد الامور الثلاثة : القانصة أو الحوصلة أو الصيصية . فيؤكل مع هذه العلامات ، وإن كان يأكل السمك . ولو اعتلف أحدُ هذه عذرةَ الإنسان محضاً ، لحقه حكم الجلل ، ولم يحل حتى يستبرئ . فتستبرأ البطة وما أشبهها بخمسة ايام ، والدجاجة وما أشبهها بثلاثة أيام ، وما خرج عن ذلك يستبرئ بما يزول عنه حكم الجلل ، إذ ليس فيه شيء موظف . وتحرم : الزنابير ، والذُباب ، والبق . وبيض ما يؤكل حلال . وكذا بيض ما يحرم حرام . ومع الاشتباه ، يؤكل ما اختلف طرفاه (٤) لا ما اتفق (٥) . والمجثَّمة حرام ، وهي التي تُجعل

---

(١) الروضة ٧ / ٢٨٦ : إنه طائر اغبر اللون ، طويل الرقبة ، اكثر ما يبيت في النخل .

(٢) ن : طائر مرقط بخضرة وحمرة وبياض .

(٣) المسالك ٣ / ٢٠٥ : الحمام جنس ، يقع على كل ذات طوق من الطيور ، أو ما يشرب الماء بلا مص ، فيدخل فيه القمري وهو الازرق ، والدبسي وهو الاحمر والورشان وهو الابيض . . .

(٤) الروضة ٧ / ٢٨٩ / هـ : بأن كان أحد طرفي البيضة أضخم من الطرف الآخر « بتصرف » .

(٥) ن : بأن كان طرفاه متساويين في الحجم .

غرضاً ، وترمى بالمُشَّاب حتى تموت ، والمصبورة : وهي التي تجرح وتُحبس حتى تموت (١) .

القسم الرابع

في : الجامدات

ولا حصر للمحلَّل منها ، فلنضبط المُحرَّم ، وقد سلف منه شطر في كتاب المكاسب :

ونذكر هنا خمسة أنواع :

الاول : الميتات

وهي محرّمة إجماعاً :

نعم ، قد يحل منها ما لا تحله الحياة ، فلا يصدق عليه الموت .

وهو : الصوف والشعر والوبر والريش : وهل يعتبر فيها الجز ؟ الوجه أنها إن جُزَّت فهي طاهرة ، وإن استُلَّت غُسِل منها موضع الاتصال : وقيل : لا يحل منها ما يُقلَع ، والأول أشبه : : والقرن ، والظِلف ، والسِن ، والبيض اذا اكتسى القشر الاعلى ، والإلفَحَة (٢) .:

---

(١) الروضة : ٧ / ٢٩٠ : وتحريمها واضح ، لعدم التذكية مع امكانها ، وكلاهما فعل الجاهلية .

(٢) ن ٧ / ٣٠٣ : هي شيءٌ يستخرج من بطن الجدي الراضع ، أصفر ، فيعصر في صوفة فيغلظ كالجبن ، وهي معروفة عند العامة بالمجبنة « جمعاً بين المتن والهامش » .

وفي اللبن (١) روايتان إحداهما : الحل ، وهي أصحها طريقاً ، والاشبه التحريم لنجاسته بملاقاة الميتة :

واذا اختلط الذكي بالميتة ، وجب الامتناع منه حتى يُعلَم الذكيُّ بعينه : وهل يباع ممن يستحل الميتة ؟ قيل : نعم ، وربما كان حسناً إن قصد بيع المذكّى حسب .

وكل ما أُبِين من حي ، فهو ميتة ، يحرم أكله واستعماله . وكذا ما يقطع من إليات الغنم ، فانه لا يؤكل ، ولا يجوز الاستصباح بـه ، بخلاف الدهن للنجس بوقوع النجاسة (٢) :

الثاني : * المحرمات *

المحرمات من الذبيحة خمسة : الطِحال ، والقضيب ، والفرث ، والدم والانثيان . وفي المثانة والمرارة والمَشيمة تردد ، أشبهه التحريم ، لما فيها من الاستخباث :

أما الفرج ، والنخاع ، والعِلباء ، والغدد ذات الأشاجع ، وخرزة الدماغ ، والحدق ، فمن الأصحاب من حرّمها ، والوجه الكراهية :

ويكره : الكُلا ، واُذُنَا القلب ، والعروق .

ولو شُوِي الطحال مع اللحم ، ولم يكن مثقوباً ، لم يحرم اللحم . وكذا لو كان اللحم فوقه ، أما لو كان مثقوباً ، وكان اللحم تحته ، حَرُمَ :

الثالث : الاعيان النجسة

كالعَذِرات النجسة . وكذا كل طعامٍ : مُزِجَ بالخمر ، أو النبيذ

---

(١) الروضة ٧ / ٣٠٦ : في ضرع الميتة .

(٢) المسالك ٣ / ٢٠٦ : لان نجاسته عرضية « بتصرف » .

أو المسكر ، أو الفقاع ، وإن قل . . أو وقعت فيه نجاسة فهو مائع كالبول . . أو باشره الكفار ، وإن كانوا أهل ذمة ، على الأصح .

الرابع : الطين

فلا يحل شيء منه ، عدا تربة الحسين عليه السلام ، فانه يجوز للاستشفاء ولا يتجاوز قدر الحمصة ، وفي الأرمني (١) رواية بالجواز ، وهي حسنة لما فيها من المنفعة للمضطر اليها .

الخامس : السموم القاتل

قليلها وكثيرها . أما ما لا يقتل القليل منها ، كالافيون والسقمونيا في تناول القيراط والقيراطين الى ربع الدينار ، في جملة حوائج المسهل ، فهذا لا بأس به لغلبة الظن بالسلامة . ولا يجوز التخطي الى موضع المخاطرة منه ، كالمثقال من السقمونيا ، والكثير من شحم الحنظل أو الشوكران ، فانه لا يجوز لما يتضمن من ثقل المزاج وإفساده .

---

(١) الروضة ٧ / ٣٢٨ : طين معروف ، يجلب من ارمينية ، يضرب لونه إلى الصفرة ، ينسحق بسهولة ، يقطع الدم عن النزيف ، ويمسك المعدة عن الاسهال . . . « جمعاً بين المتن والهامش » .

القسم الخامس

في : المائعات

والمحرم منها خمسة :

الاول : الخمر

وكل مسكر كالنبيذ ، والبتْع (١) ، والفضيخ ، والنقيع ، والمِزْر (٢) والفقاع ، قليله وكثيره .

ويحرم : العصير إذا غلا ، سواء غلا من قبل نفسه أو بالنار ، ولا يحل حتى يذهب ثلثاه ، أو ينقلب خلاً .. وما مزج بها .. أو باحدها .. أو ما وقعت فيه من المائعات :

الثاني : * الدم المسفوح *

الدم المسفوح نجس ، فلا يحل تناوله . وما ليس بمسفوح ، كدم الضفادع والقُراد ، وإن لم يكن نجساً ، فهو حرام لاستخباثه . وما لا يدفعه الحيوان المذبوح ، ويَستخلَف في اللحم ، طاهر ليس بنجس ولا حرام.

ولو وقع قليل من دم ، كالاوقية فما دون ، في قِدرٍ وهي تغلي على النار ، قيل : حلَّ مرقُها اذا ذهب الدم بالغليان ، ومن الأصحاب من منع الرواية (٣) ، وهو حسن .

---

(١) الروضة ٧ / ٣٢٠ : نبيذ العسل .

(٢) ن : نبيذ الشعير .

(٣) ش ٣ / ٢٧٠ / ه : لجهالة سندها ، فان سعيد الاعرج مجهول الحال « س » .

أما ما هو جامد كاللحم والتوابل ، فلا بأس به اذا غُسِل .

الثالث : كل ما حصل فيه شيء من النجاسات

كالدم أو البول أو العذرة ، فان كان مائعاً حَرُم وإن كان كثُر ، ولا طريق الى تطهيره : وإن كان له حالة جمود ، فوقعت النجاسة فيه جامداً ، كالدبس الجامد ، والسمن ، والعسل ، أُلقِيت النجاسة وكُشِطَ ما يكتنفها ، والباقي حِلّ :

ولو كان المائع دهناً ، جاز الاستصباح به تحت السماء ، ولا يجوز تحت الأظِلّة . وهل ذلك لنجاسة دخانه الأقرب ؟ لا بل هو تعبُّد .

ودواخن الأعيان النجسة عندنا طاهرة ، وكذا كل ما احالته النار فصيَّرته رماداً أو دخاناً ، على تردد :

ويجوز بيع الادهان النجسة ، ويحل ثمنها ، لكن يجب إعلام المشتري بنجاستها : وكذا ما يموت فيه حيوان له نفس سائلة .

أما ما لا نفس له كالذباب والخنافس ، فلا ينجس بموته ، ولا ينجس ما يقع فيه :

والكفّار أنجاس ، ينجس المائع بمباشرتهم له ، سواء كانوا أهل الحرب أو أهل الذمة ، على أشهر الروايتين :

وكذا لا يجوز إستعمال أوانيهم التي استعملوها في المائعات : وروي إذا أراد مواكلة المجوسي ، أمره بغسل يده وهي شاذة :

ولو وقعت ميتة لها نفس ، في قِدر ، نجس ما فيها ، وأُريق المائع وغُسِلَ الجامد وأكل .

ولو عُجِن بالماء النجس عجين ، لم يطهر بالنار ، إذا خُبِز على الأشهر :

الرابع : الاعيان النجسة

كالبول مما لا يؤكل لحمـــه ، نجساً كان الحيوان كالكلب والخنزير أو طاهراً كالاسد والنمر . وهل يحرم مما يؤكل ؟ قيل : نعم ، إلا أبوال الابل ، فانه يجوز الاستشفاء بها ، وقيل : يحل الجميع لمكان طهـــارته ، والأشبه التحريم لمكان استخبائها .

الخامس : ألبان الحيوان المحرم

كلبن اللبوة والذئبة والهرة . ويكره : لبن ما كان لحمه مكروهاً ، كلبن الانثى ، مائعةً وجامدةً ، وليس بمحرَّم .

القسم السادس

في اللواحق

وفيه مسائل

« الاولى » : لا يجوز استعمال شعر الخنزير إختيـــاراً ، فان اضطر استعمل ما لا دسم فيه ، وغسل يده : ويجوز الاستسقاء بجلود الميتة ، وإن كان نجساً . ولا يصلي من مائها ، وترك الاستسقاء افضل :

« الثانية » : اذا وجد لحم ولا يدري ، أذكيّ هو أم ميت ؟ قيل : يطرح في النار ، فان انقبض فهو ذكي ، وإن انبسط فهو ميت .

« الثالثة » : لا يجوز أن يأكل الانسان من مال غيره إلا باذنه ،

وقد رُخِّص - مع عدم الإذن - في التناول من بيوت من تضمنته الآية اذا لم يعلم منه الكراهية ، ولا يحمل منه . وكذا ما يمر به الإنسان من النخل . وكذا الزرع والشجر على تردد .

« الرابعة » : من تناول خمراً ، أو شيئاً نجساً ، فبصاقه طاهر ، ما لم يكن متلوناً بالنجاسة . وكذا لو اكتحل بدواء نجس ، فدمعه طاهر ، ما لم يتلون بالنجاسة . ولو جهل تلونه ، فهو على أصل الطهارة .

« الخامسة » : الذمي اذا باع خمراً أو خنزيراً ، ثم أسلم ولم يقبض الثمن ، فله قبضه .

« السادسة » : تَطْهُر الخمر اذا انقلبت خلاً ، سواء كان انقلابها بعلاج ، أو من قبل نفسها ، وسواء كان ما يعالج به عيناً باقية أو مستهلكة وإن كان يكره العلاج ، ولا كراهية فيما ينقلب من قبل نفسه . ولو ألقي في الخمر خل حتى تستهلكه ، لم تحل ولم تطهر . وكذا لو ألقي في الخمر خل فاستهلكه الخل ، وقيل : يحل اذا تُرِكَ حتى تصير الخمر خلاً ، ولا وجه له .

« السابعة » : أواني الخمر من الخشب والقرع والخزف غير المخضور لا يجوز استعماله ، لاستبعاد تخلصه ، والأقرب الجواز بعد ازالة عين النجاسة وغسلها ثلاثاً .

« الثامنة » : لا يحرم شيء من الربوبات والأشربة ، وإن شم منه رائحة المسكر ، كرُبِّ الرمان والتفاح ، لانه لا يسكر كثيره .

« التاسعة » : يكره : أكل ما باشره الجنب والحائض ، إذا كانا غير مأمونين . وكذا يكره : أكل ما يعالجه ، من لا يتوقى النجاسات ، وأن يسقى الدواب شيئاً من المسكرات . ويكره الاستسلاف في العصير ، وأن يستأمن على طبخه من يستحل شربه ، قبل أن يذهب ثلثاه ، اذا

كان مسلماً ، وقيل : لا يجوز مطلقاً ، والأول أشبه ، ويكره : الاستشفاء بمياه الجبال الحارة .

ومن اللواحق

النظر في حال الاضطرار

وكل ما قلناه بالمنع من تناوله ، فالبحث فيه مع الاختيار . ومع الضرورة يسوغ التناول ، لقوله تعالى : « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه » (١) ، وقوله : « فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم » (٢) وقوله : « وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه » (٣) .

فليكن النظر في : المضطر ، وكيفية الاستباحة .

أما المضطر :

فهو الذي يخاف التلف ، لو لم يتناول . وكذا لو خاف المرض بالترك . وكذا لو خشي الضعف ، المؤدي إلى التخلف عن الرفقة ، مع ظهور امارة العطب ، أو ضعف الركوب المؤدي الى خوف التلف ، فحينئذ يحل له تناول ما يزيل تلك الضرورة .

ولا يختص ذلك نوعاً من المحرمات ، الا ما سنذكره . ولا يرخص للباغي ، وهو الخارج على الامام ، وقيل : الذي يستحل الميتة ، ولا العادي وهو : قاطع الطريق ، وقيل : الذي يعدو شبعه .

---

(١) البقرة : ٢ / ١٧٤ .
(٢) المائدة : ٥ / ٤ .
(٣) الانعام : ٦ / ١٢٠ .

وأما كيفية الاستباحة :

فالمأذون فيه حفظ الرمق ، والتجاوز حرام ، لأن القصد حفظ النفس وهل يجب التناول للحفظ ؟ قيل : نعم ، وهو الحق . فلو أراد التنزه والحال حالة خوف التلف ، لم يجز .

ولو اضطر الى طعام الغير ، وليس له الثمن ، وجب على صاحبه بذله ، لأن في الامتناع إعانة على قتل المسلم . وهل له المطالبة بالثمن ؟ قيل : لا ، لأن بذله واجب ، فلا يلزم له العوض . وإن كان الثمن موجوداً ، وطلب ثمن مثله ، وجب دفع الثمن .

ولا يجب على صاحب الطعام بذله ، لو امتنع من بذل العوض ، لأن الضرورة المبيحة لافتساره مجاناً ، زالت بالتمكن من البذل .

وإن طلب زيادة عن الثمن ، قال الشيخ : لا تجب الزيادة . ولو قيل : تجب ، كان حسناً ، لارتفاع الضرورة بالتمكن .

ولو امتنع صاحب الطعام والحال هذه ، جاز له قتاله ، دفعاً لضرورة العطب .

ولو واطأه فاشتراه بأزيد من الثمن ، كراهية لإراقة الدماء ، قال الشيخ : لا يلزمه إلا ثمن المثل ، لأن الزيادة لم يبذلها إختياراً ، وفيه إشكال ، لأن الضرورة المبيحة للاكراه ترتفع بامكان الاختيار .

ولو وجد ميتةً وطعامَ الغير ، فان بذل له الغيرُ طعامَه بغير عوض أو بعوض هو قادر عليه ، لم يحل الميتة .

ولو كان صاحب الطعام غائباً ، أو حاضراً ولم يبذل ، وقوي صاحبه على دفعه عن طعامه ، أكلَ الميتة . وإن كان صاحب الطعام ، ضعيفاً لا يمتنع ، أكل الطعام وضمنه ، ولم تحل الميتة ، وفيه تردد .

واذا لم يجد المضطر ، إلا آدمياً ميتاً ، حل له إمساك الرمق من لحمه . ولو كان حياً ، محقون الدم ، لم يحل . ولو كان مباح الدم ، حل له منه ما يحل من الميتة . ولو لم يجد المضطر ، ما يمسك رمقه سوى نفسه ، قيل : يأكل من المواضع اللحمة كالفخذ ، وليس شيئاً ، إذ فيه دفع الضرر بالضرر . ولا كذلك جواز قطع الأكلة ، لأن الجواز هناك إنما هو لقطع السراية الحاصلة ، وهنا إحداث سراية .

ولو اضطر الى خمر وبول ، تناول البول . ولو لم يجد الا الخمر ، قال الشيخ في المبسوط : لا يجوز دفع الضرورة بها ، وفي النهاية : يجوز وهو أشبه .

ولا يجوز التداوي بها ، ولا بشيء من الانبذة ، ولا بشيء من الادوية معها شيء من المسكر ، أكلاً ولا شرباً . ويجوز عند الضرورة أن يتداوى بها للعين .

خاتمة

في : الآداب

يستحب : غسل اليدين قبل الطعام وبعده . . ومسح اليد بالمنديل . . والتسمية عند الشروع . . والحمد عند الفراغ . . وأن يسمّي على كل لون على إنفراده ، ولو قال : بسم الله على أوله وآخره أجزأ .

ويستحب الاكل : باليمين مع الاختيار . . وأن يبدأ صاحب الطعام . . وأن يكون آخر من يمتنع . . وأن يبدأ في غسل اليد بمن على يمينه ، ثم يدور عليهم الى الاخير . . وأن يجمع غسالة الايدي في اناء واحد . . وأن يستلقي الآكل بعد الأكل . . ويجعل رجله اليمنى على رجله اليسرى.

ويكره : الأكل متكئاً . . والتملّي من المأكل ، وربما كان الإفراط حراماً لما يتضمن من الاضرار .

ويكره : الاكل على الشبع . . والاكل باليسار .

ويحرم : الاكل على مائدة ، يُشرب عليها شيء من المسكرات ، والفقاع.

كتاب الغصب

والنظر

في

السبب

والحكم

واللواحق

النَّظَرُ الأَوَّل

في : السبب *

أما الاول (١) :

فالغصب : هو الإستقلال باثبات اليد (٢) ، على مال الغير عدواناً ، ولا يكفي رفع يد المالك ، ما لم يثبت الغاصب يده . فلو منع غيره ، من إمساك دابته المرسلة فتلفت ، لم يضمن . وكذا لو منعه من القعود على بساطه ، أو منعه من بيع متاعه ، فنقصت قيمته السوقية ، أو تلفت عينه .

أما لو قعد على بساط غيره ، أو ركب دابته ، ضمن .

ويصح غصب العقار (٣) ، ويضمنه الغاصب . ويتحقق غصبه ، باثبات اليد عليه مستقلاً ، دون إذن المالك . وكذا لو أسكن غيره .

فلو سكن الدار ، مع مالكها قهراً ، لم يضمن الاصل . وقال الشيخ: يضمن النصف ، وفيه تردد ، منشأه عدم الاستقلال من دون المالك .

ولو كان الساكن ضعيفاً عن مقاومة المالك ، لم يضمن . ولو كان المالك غائباً ضمن، وكذا لو مدّ بمقود دابة فقادها ، ضمن . ولا يضمن لو كان صاحبها راكباً لها .

---

(١) أي السبب .

(٢) المسالك ٣ / ٢١٤ : المراد بالاستقلال ، الاستبداد به بغير مشارك .

(٣) ن ٣ / ٢١٥ : المراد بقوله يصح غصب العقار ، أنه يقع . . . وقوله «ص»: ومن غصب شبراً من أرض ، طوقه الله من سبع أرضين يوم القيامة .

وغصبُ الأمة الحامل غصبٌ لولدها ، لثبوت يده عليهما . وكذا يضمن حمل الأمة ، المبتاعة بالبيع الفاسد .

ولو تعاقبت الايدي الغاصبة على المغصوب ، تخيَّر المالك في إلزام أيهم شاء ، أو إلزام الجميع بدلاً واحداً :

والحر لا يُضمن بالغصب (١) ، ولو كان صغيراً . ولو أصابه حرق أو غرق أو موت في يد غاصب ، من غير سببه ، لم يضمن . وقال في كتاب « الجراح » يضمنه الغاصب ، اذا كان صغيراً ، وتلف بسببٍ كلدغ الحية والعقرب ووقوع الحائط (٢) .

ولو استخدم الحُرَّ ، لزمه الاجرة .

ولو حبس صانعاً ، لم يضمن أجرته ، ما لم ينتفع به ، لان منافعه في قبضته :

ولو استأجره في عمل ، فاعتقله ولم يستعمله ، فيه تردد . والاقرب أن الاجرة لا تستقر ، لمثل ما قلناه . ولا كذلك لو استأجر دابة ، فحبسها بقدر الانتفاع :

ولا يضمن الخمر ، إذا غُصِبت من مسلم ، ولو غصبها الكافر . وتُضمَن اذا غُصِبت من ذِمّي ، مستتراً ، ولو غصبها المسلم . وكذا الخنزير : ويُضمن الخمر ، بالقيمة عند المستحل ، لا بالمثل ، ولو كان المُتلِف ذمياً على ذمي ، وفي هذا تردد .

---

(١) المسالك ٣ / ٢١٦ : لان الحر ليس مالا ، فلا يدخل تحت اليد . . .

(٢) ن : لأنه قربه من سبب الاتلاف ، بحيث لا يمكنه الاحتراز منه .

وهنا أسباب أخر يجب معها الضمان :

الاول : مباشرة الاتلاف

سواء كان المتلَف عيناً ، كقتل الحيوان المملوك ، وتحريق الثوب .. أو منفعةً ، كسكنى الدار ، وركوب الدابة ، وإن لم يكن هناك غصب .

الثاني : التسبيب

وهو كل فعلٍ يحصل التلف بسببه ، كـحفر البئر في غير الملك ، وكطرح المعاثر في المسالك .

لكن اذا اجتمع السبب والمباشر ، قدِّم المباشر في الضمان على ذي السبب ، كمن حفر بئراً في ملك غيره عدواناً ، فدفع غيرُه فيها انساناً ، فضمان ما يجنيه الدفع على الدافع .

ولا يضمن المكرَه المال ، وإن باشر الإتلاف ، والضمان على من أكرهه ، لأن المباشرة ضعُفَت مع الاكراه ، فكان ذو السبب هنا أقوى .

ولو أرسل في ملكه ماءً ، فأغرق مال غيره ، أو أجَّجَ ناراً فيه فأحرَقَ ، لم يضمن ما لم يتجاوز قدرَ حاجته إختياراً مع علمه ، أو غلبة ظنه أن ذلك موجب للتعدِّي إلى الاضرار .

ويتفرع على السبب : فروع

« الاول » : لو ألقى صبياً في مسبعة ، أو حيواناً يضعُف عن الفِرار ضمن لو قتله السبع .

« الثاني » : لو غصب شاةً ، فمات ولدها جوعاً ، ففي الضمان تردد .

وكذا لو حبس مالكَ الماشية عن حراستها فاتفق تلفها . وكـذا التردد لو غصب دابةً ، فتبعها الولد (١) .

« الثالث » : لو فك القيد عن الدابة فشردت ، أو عن العبد المجنون فأَبِق ، ضمن لانه فعلٌ يُقصد به الإتلاف . وكذا لو فتح قفصاً عن طائر فطار ، مبادراً أو بعد مكث . ولا كذا لو فتح باباً على مال فسُرِق ، أو أزال قيداً عن عبد عـاقلٍ فأبق ، لأن التلف بالمباشرة لا بالسبب ، وكذا لو دلَّ السراق . ولو أزال وِكاءَ الظرف ، فسالَ ما فيه ، ضمن اذا لم يكن يحبسه إلا الوكاء . وكذا لو سال منه ما أَلانَ الارض تحته ، فاندفع ما فيه ، ضمِنَ لان فعله سبب مستقل بالإتلاف . أما لو فتح رأس الظرف ، فقلبته الريح أو ذاب بالشمس ، ففي الضمان تردد ، ولعل الاشبه أنه لا يضمن ، لان الريح والشمس كالمباشر ، فيبطل حكم السبب .

* * *

ومن الاسباب : القبض بالعقد الفاسد (٢) . . والقبض بالسوم (٣) ، فان القابض يضمن . . وكذا استيفاء المنفعة بالإجارة الفاسدة ، سبب لضمان اجرة المثل (٤) .

---

(١) المسالك ٣ / ٢١٧ : منشأ التردد في هذه الثلاثة ، من عدم الاستقلال باثبات اليد على الولد والماشية ، فلا يتحقق الغصب ، فينتفي الضمان . . ومن انه سبب في الاتلاف ، إذ لولاه لم يحصل التلف ، والضمان ليس بمنحصر في الغصب كما مر ، فان مباشرة الاتلاف ومسببيته من جملة مقتضياته وان لم يكن غصباً . . .

(٢) ن ٣ / ٢١٨ : لعموم « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » ، ولان « كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » ، والمراد بالعقد هنا عقد البيع . . .

(٣) ن ٣ / ٢١٨ : وهو ان يقبضه ليشتريه .

(٤) ن ٣ / ٢١٨ : لانها من باب المباشرة للاتلاف « بتصرف » .

النَّظَرُ الثَّانِي

في : الحكم

يجب رد المغصوب ما دام باقياً ولو تعسَّر ، كالخشبة تُستَدخل في البناء أو اللوح في السفينة ، ولا يلزم المالك أخذ القيمة . وكذا لو مزجه مزجاً يشق تميزه ، كمزج الحنطة بالشعير ، أو الدخن بالذرة ، كلّف (١) تميزه واعادته .

ولو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة ، فان أمكن نزعها ، ألزم ذلك ، وضمن ما يحدث من نقص . ولو خشي تلفها بانتزاعها لضعفها ، ضَمِنَ القيمة . وكذا لو خاط بها جرح حيوان له حرمة ، لم ينتزع إلا مع الامن عليه ، تلفاً وشيناً ، وضمنها .

ولو حدث في المغصوب عيب ، مثل تسويس التمر أو تخريق الثوب رده مع الارش .

ولو كان العيب غير مستقر كعفن الحنطة ، قال الشيخ : يضمن قيمة المغصوب . ولو قيل : يرد العين مع أرش العيب الحاصل ، ثم كلما ازداد عيباً دفع أرش الزيادة ، كان حسناً . ولو كان بحاله ردّه ، ولا يضمن تفاوت القيمة السوقية .

فان تلف المغصوب ، ضمنه الغاصب بمثله إن كان مثلياً ، وهو ما يتساوى قيمة اجزائه . فان تعذّر المثل ، ضمن قيمته يوم الإقباض ، لا يوم الإعواز . ولو أُعوِزَ ، فحكم الحاكم بالقيمة ، فزادت أو نقصت ،

(١) وفي « ب ٣ / ٢١٨ » : « كان عليه » بدلا من « كلف » .

لم يلزم ما حكم به الحاكم ، وحُكِمَ بالقيمة وقت تسليمها ، لأن الثابت في الذمة ليس الا المثل .

وان لم يكن مثلياً ، ضمن قيمته يوم غصبه ، وهو اختيار الاكثر وقال في المبسوط والخلاف : يضمن أعلى القيم ، من حين الغصب الى حين التلف ، وهو حسن . ولا عبرة بزيادة القيمة ولا بنقصانها بعد ذلك على تردد .

والذهب والفضة يُضمَنَان بمثلها ، وقال الشيخ : يضمنان بنقد البلد كما لو اتلف ما لا مثل له . ولو تعذر المثل ، فان كان نقد البلد مخالفاً للمضمون في الجنس ، ضمنه بالنقد . وإن كان من جنسه ، واتفق المضمون والنقد وزناً ، صح . وإن كان أحدهما أكثر ، قوّم بغير جنسه ليسلم من الربا . ولا تظنن أن الربا يختص بالبيع ، بل هو ثابت في كل معاوضة على ربويين ، متفقي الجنس .

ولو كان في المغصوب صنعة ، لها قيمة غالباً ، كان على الغاصب مثل الاصل وقيمة الصنعة . وإن زاد عن الاصل ، ربوياً كان أو غير ربوي ، لان للصنعة قيمة تظهر لو اُزيلت عدواناً ، ولو من غير غصب وإن كانت الصنعة محرّمة ، لم يضمن .

ولو كان المغصوب دابةً ، فجنى عليها الغاصب أو غيره ، أو عابت من قبل الله سبحانه ، ردّها مع أرش النقصان . وتتساوى بهيمة القاضي وغيره في الارش ، ولا تقدير في قيمة شيء من أعضاء الدابة ، بل يرجع الى الارش السوقي .

وروي : في عين الدابة ربع قيمتها . وحكى الشيخ في المبسوط والخلاف عن الاصحاب ، في عين الدابة نصف قيمتها ، وفي العينين كمال قيمتها . وكذا كل ما في البدن منه اثنان ، والرجوع إلى الارش السوقي أشبه .

ولو غصب عبداً أو أمةً فقتله ، أو قتله قاتلٌ ، ضمن قيمته ، ما لم تتجاوز قيمته ديّة الحر . ولو جاوزت ، لم يضمن الزيادة . ولو قيل : يضمن الزائد بسبب الغصب ، كان حسناً . ولا يضمن القاتل غير الغاصب سوى قيمته ، ما لم تتجاوز عن دية الحر . ولو تجاوزت عن دية الحر ، رُدّت اليه : فان زاد الارش عن الجناية ، طولب الغاصب بالزيادة دون الجاني .

أما لو مات في يده ، ضمن قيمته ، ولو تجاوزت قيمة دية الحر . ولو جنى الغاصب عليه ، بما دون النفس ، فان كان تمثيلاً ، قال الشيخ : عُتِقَ وعليه قيمته ، وفيه تردد ينشأ من الإقتصار بالعتق في التمثيل على مباشرة المولى :

وكل جناية ديّتُها مقدرة في الحر ، فهي مقدرة في المملوك بحساب قيمته : وما ليست بمقدرة في الحر ، ففيها الحكومة . ولو قيل : يلزم الغاصب أكثر الامرين ، من المقدّر والارش ، كان حسناً . أما لو استغرقت ديته قيمته ، قال الشيخ : كان المالك مخيراً ، بين تسليمه وأخذ القيمة وبين إمساكه ولا شيء له ، تسويةً بين الغاصب في الجناية وغيره ، وفيه تردد.

ولو زادت قيمة المملوك بالجناية ، كالخصاء أو قطع الاصبع الزائدة ردّه مع دية الجناية ، لانها مقدرة (١) .

والبحث في المدبر والمكاتب المشروط وام الولد كالبحث في القِنّ .

واذا تعذر تسليم المغصوب ، دفع الغاصب البدل ، ويملكه المغصوب منه ، ولا يملك الغاصب العين المغصوبة . ولو عادت ، كان لكل منهما

---

(١) المسالك ٣ / ٢٢١ : واحترز بقوله : لانها مقدرة ، عما لو نقص السمن المفرط ولم تنقص القيمة ، فلا شيء للمالك ولا اشكال ، لانه لا مقدر له شرعاً ليجب بفواته ولا نقصت فيه القيمة ليجب قدر النقص ، فهو من قبيل الجناية على ما لا قيمة له .

الرجوع ، وعلى الغاصب الاجرة ، إن كان مما له أجرة في العادة ، من حين الغصب الى حين دفع البدل . وقيل : الى حين إعادة المغصوب ، والاول أشبه .

ولو غصب شيئين ، ينقص قيمة كل واحد منهما اذا انفرد عن صاحبه ، كالخفّين ، فتلف أحدهما ، يُضمَن التالف بقيمته مجتمعاً ، ورُدَّ الباقي وما نقص عن قيمته بالإنفراد . وكذا لو شق ثوباً نصفين ، فنقصت قيمة كل واحد منهما بالشق ، ثم تلف أحدهما ، أما لو أخذ فرداً من خفين يساويان عشرة ، فتلف في يده وبقي الآخر في يد المالك ، ناقصاً عن قيمته بسبب الانفراد ، رد قيمة التالف لو كان منضماً الى صاحبه . وفي ضمان ما نقص عن قيمة الآخر تردد .

ولا يملك العين المغصوبة بتغيرها وإخراجها عن الإسم والمنفعة ، سواء كان ذلك بفعل الغاصب أو فعل غيره ، كالحنطة تُطحن والكتان يُغزل ويُنسج .

ولو غصب مأكولاً فأطعمه المالك ، أو شاةً فاستدعاه ذبحها مع جهل المالك ، ضمن الغاصب . وإن أطعمه غيره ، قيل : يُغرَّم أيهما شاء لكن إن أغرم الغاصب لم يرجع الى الآكل ، وان أغرم الآكل رجع الآكل على الغاصب لغروره ، وقيل : بل يضمن الغاصب من رأس ، ولا ضمان على الآكل ، لأن فعل المباشر ضعيف عن التضمين بمظانة الاغترار ، وكان السبب أقوى .

ولو غصب فحلاً ، فأنزاه على الانثى ، كان الولد لصاحب الأنثى وإن كانت للغاصب . ولو نقص الفحل بالضِراب ، ضمن الغاصب النقص وعليه أجرة الضراب . وقال الشيخ في المبسوط : لا يضمن الاجرة ، والاول أشبه لانها عندنا ليست محرَّمة .

ولو غصب ما لَهُ أجرة ، وبقي في يده حتى نقص ، كالثوب يخلق والدابة تهزل ، لزمه الاجرة والارش ولم يتداخلا (١) ، سواء كان النقصان بسبب الاستعمال أو لم يكن .

ولو أغلا الزيت فنقص ، ضمن النقصان :

ولو اغلا عصيراً فنقص وزنه ، قال الشيخ : لا يلزمه ضمان النقيصة لانها نقيصة الرطوبة التي لا قيمة لها ، بخلاف الاولى ، وفي الفرق تردد :

النَّظَرُ الثَّالِث

في : اللواحق

وهي نوعان :

النوع الاول : في لواحق الاحكام

وهي مسائل :

« الاولى » : اذا زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب ، فان كانت أثراً كتعليم الصنعة وخياطة الثوب ونسج الغزل وطحن الطعام ، ردّه ولا شيء له : ولو نقصت قيمته بشيء من ذلك ، ضمن الأرش :

---

(١) المسالك ٣ / ٢٢٢ : انما لم يتداخلا ، لان كل واحد من ارش النقصان واجرة العين ، ثابت على انفراده على الغاصب ، فاذا اجتمعا ثبتا أيضاً ، استصحاباً للحكم وكون التداخل على خلاف الاصل . . .

وإن كان عيناً ، كان له أخذها وإعادة المغصوب وأرشه لو نقص :
ولو صبغ الثوب كان له ازالة الصبغ ، بشرط ضمان الأرش إن نقص الثوب :
ولصاحب الثوب ازالته أيضاً ، لأنه في ملكه بغير حق : ولو أراد أحدهما ما لصاحبه بقيمته ، لم يجب على أحدهما إجابة الآخر . وكذا لو وهب أحدهما لصاحبه ، لم يجب على الموهوب له القبول . ثم يشتركان ، فان لم ينقص قيمة مالهما فالحاصل لهما ، وإن زادت فكذلك . ولو زادت قيمة أحدهما كانت الزيادة لصاحبها . وإن نقصت قيمة الثوب بالصبغ ، لزم الغاصب الأرش ، ولا يلزم المالك ما ينقص من قيمة الصبغ . ولو بيع مصبوغاً بنقصان عن قيمة الصبغ ، لم يستحق الغاصب شيئاً ، إلا بعد توفية المغصوب منه قيمة ثوبه على الكمال . ولو بيع مصبوغاً بنقصان عن قيمة الثوب ، لزم الغاصب إتمام قيمته .

« الثانية » : إذا غصب دهناً كالزيت أو السمن ، فخلطه بمثله ، فهما شريكان . وإن خلطه بأدون أو أجود ، قيل : يضمن المثل ، لتعذر تسليم العين ، وقيل : يكون شريكاً في فضل الجودة ، ويضمن المثل في فضل الرداءة ، الا أن يرضى المالك بأخذ العين . أما لو خلطه بغير جنسه لكان مستهلكاً ، وضمن المثل :

« الثالثة » : فوائد المغصوب مضمونةٌ بالغصب ، وهي مملوكة للمغصوب منه ، وإن تجددت في يد الغاصب ، أعياناً كانت كاللبن والشعر والوبر والثمر ، أو منافع كسكنى الدار وركوب الدابة . وكذا منفعة كل مالَهُ أجرة بالعادة . ولو سمنت الدابة في يد الغاصب ، أو تعلَّم المملوك صنعةً أو علماً فزادت قيمته ، ضمن الغاصب تلك الزيادة . فلو هزلت أو نسي الصنعة ، أو ما علمه ، فنقصت القيمة لذلك ، ضمن الأرش وإن رد العين : وإن تلف ، ضمن قيمة الأصل والزيادة .

فرعان

« الاول » : لو زادت القيمة لزيادة صفة ، ثم زالت الصفة ، ثم عادت الصفة والقيمة ، لم يضمن قيمة الزيادة التالفة ، لانهـا انجبرت بالثانية . ولو نقصت الثانية عن قيمة الاولى ، ضمن التفاوت : أما لو تجددت صفة غيرها ، مثل إن سمنت فزادت قيمتهـا ، ثم هزلت فنقصت قيمتها ، ثم تعلّمت صنعة فزادت قيمتها ، ردّها وما نقص بفوات الاولى .

« الثاني » : لا يضمن من الزيادة المتصلة ، ما لم تزد بها القيمة ، كالسمن المفرط اذا زال ، والقيمة على حالها (١) أو زائدة .

« المسألة الرابعة » : لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيـع الفاسد ، ويضمنه . وما يتجدد من منافعه ، وما يزداد من قيمته ، لزيادة صفة فيه فان تلفت في يده ، ضمن العين بأعلى القيم ، من حين قبضه الى حين تلفه إن لم يكن مثلياً . ولو اشترى من غاصب ، ضمن العين والمنافع ، ولا يرجع على الغاصب إن كان عالماً ، وللمالك الرجوع على أيهما شاء . فان رجع على الغاصب ، رجع الغاصب على المشتري . وإن رجع على المشتري ، لم يرجع على الغاصب لاستقرار التلف في يده . وان كان المشتري جاهلاً بالغصب ، رجع على البائع بما دفع من الثمن ، وللمالك مطالبته بالدرك ، إما مثلاً أو قيمةً ، ولا يرجع المشتري بذلك على الغاصب ، لانه قبض ذلك مضموناً . ولو طالب الغاصب بذلك ، رجع الغاصب على المشتري : ولو طالب المشتري

---

(١) المسالك ٣ / ٢٢٣ - ٢٢٤ : احترز بقوله : والقيمة على حالها ، عما لو كان بعض السمن لا أثر له فى القيمة وبعضه له أثر ، وزال الجميع ، فـانه يضمن قيمة ما له أثر فيها دون ما زاد عليه .

لم يرجع على الغاصب : وما يغرمه المشتري ، مما لم يحصل له في مقابلته نفع ، كالنفقة والعمارة ، فله الرجوع به على البائع . ولو أولدها المشتري كان حراً ، وغرم قيمة الولد ، ويرجع بها على البائع . وقيل في هذه : له مطالبة ايهما شاء ؛ لكن لو طالب المشتري ، رجع على البائع . ولو طالب البائع ، لم يرجع على المشتري ، وفيه احتمال آخر . أما ما حصل للمشتري في مقابلته نفع ، كسكنى الدار وثمرة الشجرة والصوف واللبن ، فقد قيل: يضمنه الغاصب لا غير ، لأنه سبب الإتلاف . ومباشرة المشتري مع الغرور ضعيفة ، فيكون السبب أقوى ، كما لو غصب طعاماً وأطعمه المالك . وقيل: له إلزام أيهما شاء ، أما الغاصب فلمكان الحيلولة ، وأما المشتري فلمباشرة الإتلاف : فان رجع على الغاصب ، رجع على المشتري ، لإستقرار التلف في يده : وإن رجع على المشتري ، لم يرجع على الغاصب ، والاول اشبه .

« الخامسة » : لو غصب مملوكةً فوطأها ، فان كانا جاهلين بالتحريم لزمه مهر امثالها للشبهة : وقيل : عُشر قيمتها إن كانت بكراً ونصف العُشر إن كانت ثيباً : وربما قصر بعض الأصحاب هذا الحكم ، على الوطء بعقد الشبهة . فلو افتضّها باصبعه ، لزمه دية البكارة . [ولو افتضها باصبعه] (١) ثم وطأها مع ذلك ، لزمه الأمران ، وعليه اجرة مثلها (٢) ، من حين غصبها الى حين عودها . ولو احبلها ، لحق به الولد ، وعليه قيمته يوم سقط حياً ، وأرش ما ينقص من الأمة بالولادة . ولو سقط ميتاً ، قال الشيخ : لم يضمنه لعدم العلم بحياته ، وفيه إشكال ينشأ من تضمين الأجنبي: وفرّق الشيخ : بين وقوعه بالجناية ، وبين وقوعه بغير جناية . ولو ضربها أجنبي فسقط ، ضمن الضارب للغاصب دية جنين حر ، وضمن الغاصب للمالك دية جنين أمة ؛ ولو كان الغاصب والأمة عالمين بالتحريم ، فللمولى

(١) هذه الزيادة ليست موجودة في المتداولة .

(٢) المسالك ٣ / ٢٢٥ : المراد اجرة مثلها في غير زمان الوطء . . .

المهر إن أكرهها الغاصب على الوطء ، وعليه الحد . وإن طاوعته ، حُدّ الواطيء ولا مهر ، وقيل : يلزمه عوض الوطء لأنه للمالك ، والأول اشبه إلا أن تكون بكراً فيلزمه أرش البكارة . ولو حملت لم يلحق به الولد ، وكان رقاً لمولاها ، ويضمن الغاصب ما ينقص بالولادة . ولو مات ولدها في يد الغاصب ، ضمنه . ولو وضعته ميتاً ، قيل : لا يضمن ، لأنا لا نعلم حياته قبل ذلك ، وفيه تردد . ولو كان سقوطه بجناية جانٍ ، لزمه دية جنين الأمة على ما نذكر في الجنايات . ولو كان الغاصب عالماً ، وهي جاهلة ، لم يلحق الولد ، ووجب الحد والمهر . ولو كان بالعكس(١) لحق به الولد ، وسقط عنه الحد والمهر ، وعليها الحد .

« السادسة » : اذا غصب حباً فزرعه ، أو بيضاً فاستفرخه ، قيل: الزرع والفرخ للغاصب ، وقيل : للمغصوب منه ، وهو الأشبه . ولو غصب عصيراً فصار خمراً ، ثم صار خلاً ، كان للمالك . ولو نقصت قيمة الخل عن قيمة العصير ، ضمن الأرش .

« السابعة » : لوغصب أرضاً ، فزرعها أو غرسها ، فالزرع ونماؤه للزارع ، وعليه أجرة الارض ، وإزالة غرسه وزرعه وطم الحُفَر ، وأرش الارض إن نقصت . ولو بذل صاحب الارض قيمة الغرس ، لم يجب على الغاصب إجابته . وكذا لو بذل الغاصب ، لم يجب على صاحب الأرض قبوله ، ولو هبةً . ولو حفر الغاصب في الارض بئراً ، كان عليه طمُّها. وهل له طمُّها مع كراهية المالك ؟ قيل : نعم ، لتحفظها من درك التردي .

---

(١) المسالك ٣ / ٢٢٥ : المراد بالعكس ، أن تكون هي عالمة بالتحريم دونه ، وهي تتمة الصور السابقة ، وحكمها ان الولد لا حق به للشبهة دونها للزنا ، وعليه قيمته يوم ولادته حياً كما سبق ، وعليها الحد للزنا ، وفي ثبوت مهر المثل ، ما مر من الخلاف من كونها بغياً وكونه مال الغير .

ولو قيل : للمالك منعه ، كان حسناً ، والضمان يسقط عنه برضا المالك باستبقائها .

« الثامنة » : اذا حصلت دابة في دار لا تخرج الا بهدم ، فان كان حصولها بسبب من صاحب الدار ، أُلزم الهدم والاخراج ، ولا ضمان على صاحب الدابة . وإن كان من صاحب الدابة ، ضمن الهدم . وكذا إن لم يكن من أحدهما تفريط ، ضمن صاحب الدابة الهدم ، لأنه لمصلحته . ولو أدخلت دابة رأسها في قدر ، وافتقر اخراجها الى كسر القدر ، فان كانت يد مالك الدابة عليها ، أو فرّط في حفظها ضَمِن . وان لم يكن يده عليها ، وكان صاحب القدر مفرِّطاً ، مثل أن يجعل قدره في الطريق ، كسرت القدر عنها ، ولا ضمان في الكسر . وإن لم يكن من أحدهما تفريط ، ولم يكن المالك معها ، وكانت القدر في ملك صاحبها ، كُسِرتَ وضمن صاحب الدابة ، لأن ذلك لمصلحته .

« التاسعة » : قال الشيخ في المبسوط : اذا خشي على حائطٍ ، جاز أن يستند بجذع ، بغير اذن مالك الجذع ، مدّعياً للاجماع ، وفي دعوى الإجماع نظر .

« العاشرة » : اذا جنى العبد المغصوب عمداً فقُتِل ، ضمن الغاصب قيمته . وإن طلب ولي الدم الدية ، لزم الغاصب أقل الامرين ، من قيمته ودية الجناية . وإن أوجبت قصاصاً فيما دون النفس فاقتص منه ، ضمن الغاصب الارش . وإن عفى على مال ، ضمن الغاصب أقل الامرين .

« الحادية عشرة » : اذا نقل المغصوب الى غير بلد الغصب ، لزمه إعادته . ولو طلب المالك الاجرة عن إعادته ، لم يلزم الغاصب ، لان الحق هو النقل . ولو رضي المالك به هناك ، لم يكن للغاصب قهره على الإعادة .

النوع الثاني : في مسائل التنازع(١)

وهي ستة :

« الاولى » : اذا تلف المغصوب واختلفا في القيمة ، فالقول قول المالك مع يمينه ، وهو قول الاكثر ، وقيل : القول قول الغاصب ، وهو أشبه . أما لو ادعى ما يعلم كذبه فيه ، مثل أن يقول : ثمن الجارية حبة أو درهم ، لم يقبل .

« الثانية » : اذا تلف وادعى المالك صفة (٢) يزيد بها الثمن ، كمعرفة الصنعة ، فالقول قول الغاصب مع يمينه ، لأن الأصل يشهد له . أما لو ادعى الغاصب عيباً ، كالعَوَر وشبهه ، فأنكر المالك ، فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل الصحة ، سواء كان المغصوب موجوداً أو معدوماً .

« الثالثة » : اذا باع الغاصب شيئاً ، ثم انتقل اليه بسبب صحيح فقال للمشتري : بعتك ما لا املك وأقام بينة ، هل تسمع بينته ؟ قيل : لا ، لأنه مكذِّب لها بمباشرة البيع ، وقيل : ان اقتصر على لفظ البيع ، ولم يضم اليه من الألفاظ ما يتضمن ادعاء الملكية ، قُبِلت(٣) وإلا رُدَّت .

« الرابعة » : اذا مات العبد ، فقال الغاصب : رددته قبل موته ، وقال المالك : بعد موته ، فالقول قول المالك مع يمينه ، وقال في الخلاف: ولو عملنا في هذه بالقرعة ، كان جائزاً .

---

(١) وفي « هـ ٣ / ٢٧٩ » : « النزاع » .

(٢) وفي « هـ ٣ / ٢٧٩ » : « صنعة » .

(٣) وفي « هـ ٣ / ٢٧٩ » : « قبل » .

« الخامسة » : اذا اختلفا في تلف المغصوب ، فالقول قول الغاصب مع يمينه : فاذا حلف ، طالبه المالك بالقيمة لتعذر العين ؛

« السادسة » : اذا اختلفا فيما على العبد ، من ثوب أو خاتم ، فالقول قول الغاصب مع يمينه ، لأن يده على الجميع (١) .

---

(١) المسالك ٣ / ٢٢٧ : المراد يده حالة الغصب . . .

كتاب الشفعة

* الشفعة * :

وهي : استحقاق أحد الشريكين حصة شريكه ، بسبب انتقالها بالبيع .

والنظر في ذلك يعتمد خمسة مقاصد :

المقصد الأول

ما تثبت فيه الشفعة

وتثبت في الأرضين : كالمساكن ، والعراص ، والبساتين اجماعاً . وهل تثبت فيما ينقل كالثياب والآلات والسفن والحيوان ؟ قيل : نعم ، دفعاً لكلفة القسمة ، واستناداً الى رواية يونس ، عن بعض رجاله ، عن أبي عبد الله عليه السلام . وقيل : لا ، إقتصاراً في التسلط على مال المسلم بموضع الإجماع ، واستضعافاً للرواية المشار اليها ، وهو أشبه .

أما الشجر والنخل والابنية ، فتثبت فيه الشفعة تبعاً للأرض : ولو أفرد بالبيع ، نُزِّل على القولين . ومن الأصحاب من أوجب الشفعة في العبد ، دون غيره من الحيوان . وفي ثبوتها في النهر والطريق والحمام وما تضر قسمته تردد ، أشبهه أنها لا تثبت .

ونعني بالضرر ، ألا يُنتفع به بعد قسمته ، فالمتضرر لا يجبر على القسمة .

ولو كان الحمام أو الطريق أو النهر ، مما لا يبطل منفعته بعد القسمة أجبر الممتنع وثبت الشفعة . وكذا لو كان مع البئر بياض أرض ، بحيث تسلم البئر لأحدهما :

وفي دخول الدولاب والناعورة في الشفعة ، اذا بيع مع الأرض تردد (١) ، إذ ليس من عادته أن ينقل . ولا تدخل الحبال التي تركّب عليها الدلاء في الشفعة ، الا على القول بعموم الشفعة في المبيعات : ولا تثبت الشفعة في الثمرة ، وإن بيعت على رؤوس النخل : والشجر منضمّةٌ الى الأصل والأرض :

وتثبت في الأرض المقسومة ، بالاشتراك في الطريق أو الشرب ، إذا بيع معها . ولو أفردت الارض المقسومة بالبيع ، لم تثبت الشفعة في الارض وتثبت في الطريق أو الشرب ، إن كان واسعاً يمكن قسمته : ولو باع عرصةً مقسومةً وشِقصاً من أخرى صفقةً ، فالشفعة في الشقص خاصة بحصة من الثمن .

ويشترط انتقال الشقص بالبيع ، فلو جعله صداقاً أو صدقة أو هبة أو صلحاً ، فلا شفعة . ولو كانت الدار وقفاً ، وبعضها طِلقاً فبيع الطلق لم يكن للموقوف عليه شفعة ولو كان واحداً ، لانه ليس مالكاً للرقبة على الخصوص : وقال المرتضى رحمه الله : تثبت الشفعة :

المقصد الثاني

في الشفيع

وهو كل شريك بحصةٍ مشاعة ، قادرٍ على الثمن : ويشترط فيه الاسلام ، اذا كان المشتري مسلماً . فلا تثبت الشفعة للجار بالجوار ، ولا فيما

---

(١) المسالك ٣ / ٢٢٨ : احترز بقوله اذا بيع مع الأرض ، عما لو بيع منفرداً فانه لا اشكال فى عدم ثبوت الشفعة حينئذ ، بناء على عدم ثبوتها فيما ينقل . . .

قُسِّم ومُيِّز ، إلا مع الشركة في طريقه أو نهره ، وتثبت بين الشريكين.

وهل يثبت لما زاد عن شفيع واحـد ؟ فيه أقوال : أحدها نعم ، وتثبت مطلقاً على عدد الرؤوس . . والثاني تثبت في الارض مع الكثرة ، ولا تثبت في العبد إلا للواحد . . والثالث لا تثبت في شيء ، مع الزيادة عن الواحد ، وهو أظهر .

وتبطل الشفعة : بعجز الشفيع عن الثمن ، وبالمماطلة ، وكذا لو هرب : ولو ادعى غيبة الثمن ، أُجِّل ثلاثة ايام (١) . فان لم يحضره ، بطلت شفعته . فان ذكر أن المال في بلد آخر . أُجِّل بمقدار وصوله اليه وزيادة ثلاثة أيام ما لم يتضرر المشتري :

وتثبت للغائب والسفيه ، وكذا للمجنون والصبي ، ويتولى الأخـذ وليهما مع الغبطة . ولو ترك الولي المطالبة ، فبلغ الصبي أو أفاق المجنون فله الأخذ ، لأن التأخير لعذر : وإن لم يكن في الاخذ غبطة ، فأخـذ المولى لم يصح :

وتثبت الشفعة للكافر على مثله ، ولا تثبت له على المسـلم ، ولو اشتراه من ذمي :

وتثبت للمسلم على المسلم والكافر :

واذا باع الأب أو الجد عن اليتيم ، شقصه المشترك معه ، جاز أن يشفعه وترتفع التهمة ، لانه لا يزيد عن بيع ماله من نفسه . وهل ذلك للوصي ؟ قال الشيخ : لا ، لمكـان التهمة . ولو قيل بالجواز ، كان اشبه كالوكيل :

وللمكاتب الاخذ بالشفعة ، ولا اعتراض لمولاه :

ولو ابتاع العامل في القراض شقصاً ، وصاحب المال شفيعه ، فقد

---

(١) المسالك ٣ / ٢٣٠ : من وقت حضوره للاخذ .

ملكه بالشراء لا بالشفعة . ولا اعتراض للعامل ، إن لم يكن ظهر فيه ربح ، وله المطالبة باجرة عمله .

فروع

على القول : بثبوت الشفعة مع كثرة الشفعاء وهي عشر

« الاول » : لو كان الشفعاء أربعة، فباع احدهم وعفي آخر ، فللآخرين أخذ المبيع . ولو اقتصرا في الاخذ على حقهما لم يكن لهما ، لأن الشفعة لإزالة الضرر ، وبأخذ البعض يتأكد . ولو كان الشفعاء غيباً فالشفعة لهم . فاذا حضر واحد وطالب ، فاما ان يأخذ الجميع أو يترك ، لأنه لا شفيع الآن غيره . ولو حضر آخر ، أخذ من الآخر النصف أو ترك فان حضر الثالث ، أخذ الثلث أو ترك . وإن حضر الرابع ، أخذ الربع أو ترك .

« الفرع الثاني » : لو امتنع الحاضر أو عفى ، لم تبطل الشفعة ، وكان للغائب أخذ الجميع . وكذا لو امتنع ثلاثة أو عفوا ، كانت الشفعة بأجمعها للرابع إن شاء .

« الفرع الثالث » : اذا حضر أحد الشركاء ، فأخذ بالشفعة وقاسم ، ثم حضر الآخر فطالب ، فسخ القسمة وشارك الاول . وكذا لو ردّه الشفيع الاول بعيب ، ثم حضر الآخر ، كان له الأخذ لأن الرد كالعفو .

« الفرع الرابع » : لو استغلها الاول (١) ، ثم حضر الثاني ، شاركه في الشقص دون الغلة .

« الخامس » : لو قال الحاضر لا آخذ حتى يحضر الغائب ، لم تبطل

---

(١) المسالك ٣ / ٢٣١ : المراد باستغلاله لها ظهور الثمرة بعد أخذه . . .

شفعته ، لأن التأخير لغرضٍ لا يتضمّن الترك ، وفيه تردد.

« السادس » : لو أخذ الحاضر ودفع الثمن ، ثم حضر الغائب فشاركه ودفع اليه النصف مما دفع الى البائع ، ثم خرج الشقص مستحقاً ، كان دركه على المشتري دون الشفيع الاول ، لانه كالنائب عنه في الأخذ .

« السابع » : لو كانت الدار بين ثلاثة ، فباع أحدهم من شريكه ، استحق الشفعة الثالث دون المشتري ، لأنه لا يستحق شيئاً على نفسه. وقيل : يكون بينهما ، ولعله أقرب .

« الثامن » : لو باع اثنان من ثلاثة صفقةً ، فللشفيع أخذ الجميع ، وأن يأخذ من اثنين ومن واحد ، لأن هذه الصفقة بمنزلة عقود متعددة ولو كان البائع واحداً من اثنين ، كان له أن يأخذ منهما ومن أحدهما . ولو باع اثنان من اثنين ، كان ذلك بمنزلة عقود أربعة ، فللشفيع أن يأخذ الكل ، وأن يعفو ، وأن يأخذ الربع أو النصف أو ثلاثة الارباع . وليس لبعضهم مع الشفيع شفعة ، لانتقال الملك اليهم دفعة ، فيتساوى الآخذ والمأخوذ منه فلو باع الشريك حصته من ثلاثة ، في عقود متعاقبة ، فله أن يأخذ الكل ، وأن يعفو ، وأن يأخذ من البعض فان أخذ من الاول ، لم يشاركه الثاني والثالث. وكذا لو أخذ من الاول والثاني ، لم يشاركه الثالث . ولو عفى عن الاول وأخذ من الثاني ، شاركه الاول . وكذا لو أخذ من الثالث شاركه الاول والثاني ، لاستقرار ملكهما بالعفو .

« التاسع » : لو باع أحد الحاضرين شيئاً ، ولهما شريكان غائبان ، فالحاضر هو الشفيع في الحال ، إذ ليس غيره : فاذا أخذ وقدم أحد الغائبين ، شارك فيما أخذ الحاضر بالسوية . ولو قدم الآخر ، شاركهما فيما

أخذاه ، فيكون له ثلث ما حصل لكل واحد منهما .

« العاشر » : لو كانت الدار بين أخوين ، فمات أحدهما وورثه ابنان ، فباع أحد الوارثين ، كانت الشفعة بين العم وابن الأخ ، لتساويهما في الاستحقاق . وكذا لو كان وارث الميت جماعة .

المقصد الثالث

في كيفية الأخذ

ويستحق الشفيع الأخذ بالعقد وإنقضاء الخيار ، لانه وقت اللزوم ، وقيل : بنفس العقد وإن لم ينقض الخيار ، بناءً على ان الانتقال يحصل بالعقد ، وهو أشبه . أما لو كان الخيار للمشتري خاصة ، فانه يستحق بنفس العقد ، لتحقق الانتقال .

وليس للشفيع تبعيض حقه ، بل يأخذ الجميع أو يدع ، ويأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد (١) ، وإن كانت قيمة الشقص اكثر أو أقل . ولا يلزمه ما يغرم المشتري من دلالة ، أو وكالة ، أو غير ذلك من المؤَن .

ولو زاد المشتري في الثمن بعد العقد وانقضاء الخيار ، لم يلحق الزيادة ، بل كانت هبةً ، ولا يجب على الشفيع دفعها . ولو كانت الزيادة في زمان الخيار ، قال الشيخ : يلحق بالعقد ، لأنها بمنزلة ما يفعل في العقد ، وهو يشكل على القول بانتقال الملك بالعقد . وكذا لو حطّ البائع من الثمن ، لم يلحق بالعقد .

---

(١) المسالك ٣ / ٢٣٣ : المراد بأخذه بالثمن أخذه بمثله ، لعدم امكان الأخذ به نفسه غالباً ، فان كان مثلياً لزمه مثله والا فقيمته كما سيأتي . . .

ولا يلزم المشتري دفع الشقص ، ما لم يبذل الشفيع الثمن الذي وقع عليه العقد . ولو اشترى شقصاً وعرضاً في صفقة ، أخذ الشقص بحصة من الثمن . ولا يثبت بذلك للمشتري خيار ، لأن استحقاق الشفعة تجدد في ملك المشتري ، ويدفع الشفيع مثل الثمن إن كان مثلياً ، كالذهب والفضة وإن لم يكن له مثل ، كالحيوان والثوب والجوهر ، قيل : يسقط لتعذر المثلية ، ولرواية علي بن رئـاب عن أبي عبد الله عليه السلام ، وقيل : يأخذها بقيمة العرض وقت العقد ، وهو أشبه .

واذا علم بالشفعة ، فله المطالبة في الحال ، فان أخر لعذر عن مباشرة الطلب وعن التوكيل فيه ، لم تبطل شفعته . وكذا لو ترك لتوهمـه كثرة الثمن فبان قليلاً ، أو لتوهم الثمن ذهباً فبان فضة ، أو حيواناً فبان قماشاً وكذا لو كان محبوساً لِحَقٍّ هو عاجز عنه ، وعجز عن الوكالة .

وتجب المبادرة الى المطالبة عند العلم ، لكن على ما جرت العادة به غير متجاوز عادته في مشيه . ولو كان متشاغلاً بعبادة واجبة أو مندوبة لم يجب عليه قطعها ، وجاز الصبر حتى يتمّها . وكذا لو دخل عليه وقت الصلاة ، صبر حتى يتطهر ويصلي متأيدا . ولو علم بالشفعة مسافراً ، فان قدر على السعي أو التوكيل فأهمل ، بطلت شفعته . ولو عجز عنهما لم يسقط وإن لم يشهد بالمطالبة .

ولا تسقط الشفعة بتقايل المتبايعين ، لان الاستحقاق حصل بالعقد فليس للمتبايعين إسقاطه ، والـدرك باق على المشتري . نعم ، لو رضي بالبيع ثم تقايلا ، لم يكن له شفعة ، لانها فسخ وليست بيعاً . ولو باع المشتري ، كان للشفيع فسخ البيع ، والأخذ من المشتري الاول ، وله أن يأخذ من الثاني . وكذا لو وقّفه المشتري ، أو جعله مسجداً ، فللشفيع إزالة ذلك كله ، وأخذه بالشفعة .

والشفيع يأخذ من المشتري ، ودركه عليه ، ولا يأخذ من البائع : لكن لو طالب والشقص في يد البائع ، قيل له : خُذْ من البائع أو دع. ولا يُكلَّف المشتري القبض من البائع مع إمتنـاعه ، وإن التمس ذلك الشفيع . ويقوم قبض الشفيع مقام قبضه ، ويكون الدرك مع ذلك على المشتري.

وليس للشفيع فسخ البيع (١) . ولو نوى الفسخ والأخذ من البائع ، لم يصح .

ولو انهدم المبيع أو عاب ، فان كان بغير فعل المشتري ، أو بفعله قبل مطالبة الشفيع ، فهو بالخيار بين الأخذ بكل الثمن أو الترك والأنقاض للشفيع باقية ، كانت في المبيع أو منقولة عنه ، لأن لها نصيباً من الثمن : وإن كان العيب بفعل المشتري بعد المطالبة ، ضمنها المشتري ، وقيل : لا يضمنها ، لأنه لا يملك بنفس المطالبة بل بالأخذ ، والأول أشبه :

ولو غرس المشتري أو بنى ، فطالب الشفيـع بحقّـه ، فان رضي المشتري بقلع غراسه أو بنائه فله ذلك ، ولا يجب إصلاح الارض ، وللشفيع أن يأخذ بكل الثمن أو يدع .

وإن امتنع المشتري من الإزالة ، كان الشفيع مخيراً بين إزالته ودفع الأرش وبين بذل قيمة الغراس والبناء ، ويكون له مع رضا المشتري ، وبين النزول عن الشفعة .

واذا زاد ما يدخل في الشفعة تبعاً ، كالوَدِي (٢) المبتاع مع الارض

---

(١) المسالك ٣ / ٢٣٥ : لان العقد لم يقع معه : فلا وجه لتسلطه على فسخه بغير سبب شرعي يوجبه .

(٢) ن ٣ / ٢٣٦ : فسيل النخل ، وزاد بعضهم قبل ان يغرس ، ولكن المراد هنا المغروس ، ليكون تابعاً للارض ، أما غير المغروس ، فلا شبهة في عدم تبعيته للارض في الشفعة .

فيصير نخلة ، أو الغرس من الشجر يعظم ، فالزيادة للشفيع . أما النماء المنفصل ، كسكنى الدار وثمرة النخل ، فهو للمشتري . ولو حمل النخل بعد الإبتياع ، وأخذ الشفيع قبل التأبير ، قال الشيخ رحمه الله : الطلع للشفيع لأنه بحكم السعف ، والأشبه إختصاص هذا الحكم بالبيع .

ولو باع شقصين من دارين ، فان كان الشفيع واحداً ، فأخذ منهما أو ترك ، جاز . وكذا إن أخذ من أحدهما ، وعفى عن شفعته من الاخرى . وليس كذلك لو عفى عن بعض شفعته من الدار الواحدة . ولو بان الثمن مستحقاً ، فان كان الشراء بالعين ، فلا شفعة لتحقق البطلان . وإن كان في الذمة ، تثبت الشفعة ، لثبوت الابتياع (١) . ولو دفع الشفيع الثمن ، فبان مستحقاً ، لم تبطل شفعته على التقديرين .

ولو ظهر في المبيع عيب ، فأخذ المشتري إرشه ، أخذه الشفيع بما بعد الأرش . وإن امسكه المشتري معيباً ، ولم يُبْطِل(٢) بالأرش ، أخذه الشفيع بالثمن أو ترك .

مسائل ست :

« الاولى » : لو قال : اشتريت النصف بمئة فترك ، ثم بان أنه اشترى الربع بخمسين ، لم تبطل الشفعة . وكذا لو قال : اشتريت الربع بخمسين فترك ، ثم بان أنه اشترى النصف بمئة ، لم تبطل شفعته ، لانه قد لا يكون معه الثمن الزائد ، وقد لا يرغب في المبيع الناقص .

---

(١) المسالك ٣ / ٢٣٦ : ان استحقاق احد العوضين المعينين يوجب بطلان البيع ، لبقاء الآخر بغير عوض فى مقابله ، بخلاف ما في الذمة ، فان المدفوع عنه لا يتعين ثمناً على تقدير ظهوره مستحقاً ، بل الثمن امر كلي في الذمة ، فلا يبطل البيع كما لو لم يكن دفعه بعد .

(٢) وفى « ه ٣ / ٢٨٣ » : ولم يطالب بالارش .

« الثانية » : اذا بلغه البيع فقال : أخذت بالشفعة ، فان كان عالماً بالثمن صح ، وإن كان جاهلاً لم يصح . وكذا لو قال : أخذت بالثمن بالغاً ما بلغ ، لم يصح مع الجهالة تفصيلاً من للغرر .

« الثالثة » : يجب تسليم الثمن أولاً ، فان امتنع الشفيع ، لم يجب على المشتري التسليم حتى يقبض .

« الرابعة » : لو بلغه أن المشتري إثنان ، فترك فبان واحداً ، أو واحدٌ فبان اثنين ، أو بلغه أنه اشترى لنفسه فبان لغيره ، أو بالعكس ، لم تبطل الشفعة لإختلاف الغرض في ذلك .

« الخامسة » : اذا كانت الارض مشغولة بزرع يجب تبقيته ، فالشفيع بالخيار بين الأخذ بالشفعة في الحال ، وبين الصبر حتى يُحصَد ، لأن له في ذلك غرضاً ، وهو الانتفاع بالمال ، وتعذر الانتفاع بالارض المشغولة ؛ وفي جواز التأخير مع بقاء الشفعة ، تردد .

« السادسة » : اذا سأل البائع من الشفيع الإقالة فأقاله ، لم يصح ؛ لأنها إنما تصح من المتعاقدين .

المقصد الرابع

في : لواحق الأخذ بالشفعة

وفيه مسائل :

« الاولى » : اذا اشترى بثمن مؤجل ، قال في المبسوط : للشفيع اخذه بالثمن عاجلاً وله التأخير وأخذه بالثمن في محله ، وفي النهاية يأخذه

عاجلاً ، ويكون الثمن عليه [مؤجلاً] (١) ويلزم كفيلاً بالمال إن لم يكن مليّاً وهو أشبه :

« الثانية » : قال المفيد والمرتضى قدس الله روحهما : الشفعة تورث وقال الشيخ رحمه الله : لا تورث تعويلاً على رواية طلحة بن زيد وهو بتري ، والاول أشبه ، تمسكاً بعموم الآية .

« الثالثة » : وهي تورث كالمال ، فلو ترك زوجةً وولداً ، فللزوجة الثُمن وللولد الباقي . ولو عفا احد الوراث عن نصيبه لم يسقط ، وكان لمن لم يعف ان يأخذ الجميع ، وفيه تردد ضعيف .

« الرابعة » : اذا باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعة ، قال الشيخ: سقطت شفعته ، لأن الاستحقاق بسبب النصيب . أما لو باع قبل العلم لم تسقط ، لأن الاستحقاق سابق على البيع . ولو قيل : ليس له الاخذ في الصورتين ، كان حسناً .

تفريع

على قوله رحمه الله : لو باع الشريك ، وشرط الخيار للمشتري ، ثم باع الشفيع نصيبه . قال الشيخ : الشفعة للمشتري الاول ، لأن الانتقال تحقق بالعقد . ولو كان الخيار للبائع أو لهما، فالشفعة للبائع الاول، بناءً على ان الانتقال لا يحصل إلا بانقضاء الخيار .

« الخامسة » : لو باع شقصاً في مرض الموت من وارث وحابى فيه (٢) ، فان خرج من الثلث صح ، وكان للشفيع أخذه بالشفعة . وإن لم يخرج صح منه ما قابل الثمن ، وما يحتمله الثلث من المحاباة إن لم تجز الورثة ، وقيل : يمضي في الجميع من الاصل ، ويأخذه الشفيع بناءً

(١) هذه الزيادة غير موجودة فى « ه ٣ / ٢٨٣ » .
(٢) المسالك ٣ / ٢٣٧ : بأن باعه بدون ثمن المثل . . .

على أن منجزات المريض ماضية من الاصل :

« السادسة » : اذا صالح الشفيع على ترك الشفعة صح وبطلت الشفعة لأنه حق مالي فينفذ فيه الصلح .

« السابعة » : اذا تبايعا شقصاً ، فضمن الشفيع الدرك عن البائع أو عن المشتري ، أو شرط المتبايعان الخيار للشفيع ، لم يسقط بذلك الشفعة . وكذا لو كان وكيلاً لأحدهما ، وفيه تردد ، لما فيه من إمارة الرضا بالبيع .

« الثامنة » : اذا أخذ بالشفعة فوجد فيه عيباً سابقاً على البيع ، فان كان الشفيع والمشتري عالمين فلا خيار لأحدهما . وإن كانا جاهلين ، فان ردّه الشفيع ، كان المشتري بالخيار في الرد والارش . وإن اختار الأخذ لم يكن للمشتري الفسخ لخروج الشقص عن يده : قال الشيخ رحمه الله : وليس للمشتري المطالبة بالارش . ولو قيل : له الارش ، كان حسناً . وكذا لو علم الشفيع بالعيب دون المشتري . ولو علم المشتري دون الشفيع كان للشفيع الرد .

« التاسعة » : اذا باع الشقص بعوض معين ، لا مثل له كالعبد ، فان قُلنا لا شفعة فلا بحث . وإن أوجبنا الشفعة بالقيمة ، فأخذه الشفيع وظهر في الثمن عيب ، كان للبائع رده والمطالبة بقيمة الشقص ، إذا لم يحدث عنده ما يمنع الرد . ولا يرجع الشقص ، لأن الفسخ المتعقّب للبيع الصحيح لا يبطل الشفعة . ولو عاد الشقص الى المشتري بملك مستأنف ، كالهبة أو الميراث ، لم يملك رده على البائع . ولو طلبه البائع ، لم يجب على المشتري إجابته . ولو كانت قيمة الشقص والحال هذه أقل من قيمة العبد هل يرجع الشفيع بالتفاوت ؟ فيه تردد ، والأشبه لا ، لانه الثمن الذي اقتضاه العقد : ولو كان الشقص في يد المشتري ، فردّ البائع الثمن بالعيب لم يملك منع الشفيع ، لان حقه اسبق ، ويأخذ بقيمته الثمن ، لانه الذي

اقتضاه العقد ، وللبائع قيمة الشقص ، وان زادت عن قيمة الثمن . ولو حدث عند البائع ما يمنع رد الثمن ، رجع بالارش على المشتري ، ولا يرجع على الشفيع بالارش ، إن كان اخذه بقيمة العوض الصحيح :

« العاشرة » : لو كانت داراً لحاضر وغائب ، وحصة الغائب في يد آخر ، فباع الحصة وادعى أن ذلك بـأذن الغائب ، قال في الخلاف تثبت الشفعة ، ولعل المنع أشبه ، لأن الشفعة تابعة لثبوت البيع : فلو قضى بها وحضر الغائب ، فان صدّقه فلا بحث ، وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه ، وينتزع الشقص وله أجرته ، من حين قبضه الى حين رده ، ويرجع بالاجرة على البائع إن شاء ، لأنه سبب الاتلاف ، أو على الشفيع لانه المباشر للإتلاف . فان رجع على مدّعي الوكالة ، لم يرجع الوكيل على الشفيع : وإن رجع على الشفيع ، رجع الشفيع على الوكيل لانه غرّه ، وفيه قول آخر هذا أشبه . ولو اشترى شقصـاً بمئة ، ودفع اليه عرضاً يساوي عشرة ، لزم الشفيع تسليم مئة أو يدع ، لانه يأخذ بما تضمنه العقد.

ومن اللواحق

البحث : فيما تبطل به الشفعة

وتبطل بترك المطالبة مع العلم وعدم العذر ، وقيل : لا تبطل إلا أن يصرح بالإسقاط ولو تطاولت المدة ، والاول أظهر . ولو نزل عن الشفعة قبل البيع (١) ، لم تبطل مع البيع ، لانه إسقاط ما لم يثبت ، وفيه تردد . وكذا لو شهد على البيع ، أو بارك للمشتري أو للبائع ، أو أذن للمشتري في الابتياع ، فيه تردد ، لان ذلك ليس بأبلغ من الإسقاط قبل البيع :

---

(١) المسالك ٣ / ٢٣٩ : بمعنى تركها والعفو عنها . . .

ولو بلغه البيع بما يمكن اثباته به ، كالتواتر أو شهادة شاهدي عدل فلم يطالب وقال لم أصدق ، بطلت شفعته ولم يقبل عذره .

ولو أخبره صبي أو فاسق لم تبطل وصُدِّق . وكذا لو أخبره واحد عدل ، لم تبطل شفعته وقُبِل عذره ، لأن الواحد ليس حجة .

ولو جهلا قدر الثمن ، بطلت الشفعة لتعذر تسليم الثمن . ولو كان المبيع في بلدٍ ناءٍ فأخَّر المطالبة توقعاً للوصول (١) ، بطلت الشفعة . ولو بان الثمن مستحقاً ، بطلت الشفعة لبطلان العقد . وكذا لو تصادق الشفيع والمشتري غصبية الثمن ، أو أقرَّ الشفيع بغصبيته ، مُنِع من المطالبة . وكذا لو تلف الثمن المتعيَّن قبل قبضه ، لتحقق البطلان على تردد في هذا .

• • •

ومن حيل الإسقاط : أن يبيع بزيادة عن الثمن ، ويدفع بالثمن عوضاً قليلاً ، فان أخذ الشفيع ، لزمه الثمن الذي تضمنه العقد . وكذا لو باع بثمن زائد ، فقبض بعضاً ، وأبرأه من الباقي . وكذا لو نقل الشقص بغير البيع ، كالهبة أو الصلح .

ولو ادعى عليه الابتياع ، فصدَّقه وقال : أُنسيت الثمن ، فالقول قوله مع يمينه ، فاذا حلفه بطلت الشفعة . أما لو قال : لم أعلم كمية الثمن ، لم يكن جوابا صحيحاً ، وكُلِّف جواباً غيره . وقال الشيخ : تُرَدُّ اليمين على الشفيع .

---

(١) المسالك ٣/٢٣٩ : المراد ان تأخير الاخذ لقبض الشقص أو يصل اليه ، ليس عذراً ، بل عليه أن يأخذ ويدفع الثمن ، ثم يسعى في تحصيل الشقص لما تقدم من ان الشفيع يسلم الثمن أولا . ولو اعتبرنا التقابض معاً كما في غيره من المعاوضات ، احتمل عذره في التأخير ، ليحصل التقابض معاً ، والوجه العدم لان الفور المعتبر الاخذ القولي ، ويبقى تسليم الثمن حكماً آخر ، لو سلم اعتبار التقابض معاً .

المقصد الخامس

في التنازع

وفيه مسائل :

« الاولى » : إذا اختلفا في الثمن ولا بينة ، فالقول قول المشتري مع يمينه ، لأنه الذي ينتزع الشيء من يده . وان أقام أحدهما بينة ، قُضِيَ له : ولا تقبل شهادة البائع لأحدهما . ولو أقام كل واحد منهما بينة ، حُكِمَ ببينة المشتري ، وفيه احتمال للقضاء ببينة الشفيع لأنه الخارج : ولو كان الاختلاف بين المتبايعين ، ولأحدهما بينة حكم بها : ولو كان لكل منهما بينة ، قال الشيخ : الحكم فيها بالقرعة ، وفيه إشكال ، لإختصاص القرعة بموضع إشتباه الحكم . ولا اشتباه مع الفتوى ، بأن القول قول البائع مع يمينه ، مع بقاء السلعة ، فتكون البينة بينة المشتري : واذا قضي بالثمن ، تخير الشفيع في الأخذ بذلك وفي الترك :

« الثانية » : قال في الخلاف اذا ادعى أنه باع لصيبه من أجنبي فأنكر الأجنبي ، قُضِيَ بالشفعة للشريك بظاهر الإقرار ، وفيه تردد ، من حيث وقوف الشفعة على ثبوت الابتياع ، ولعل الاول أشبه :

« الثالثة » : اذا ادعى أن شريكه ابتاع بعده فأنكر ، فالقول قول المنكر مع يمينه (١) ، فان حلف انه لا يستحق عليه شفعة جاز ، ولا

---

(١) المسالك ٤ / ٢٤١ : انما قدم قوله ، لاصالة عدم استحقاقه عليه الشفعة ، وعدم تقدم شرائه . . .

يكلف اليمين بانه لم يشتر بعده : ولو قال كل منهما : أنا اسبق في الشفعة فكل منهما مدّعٍ ، ومع عدم البينة يحلف كل واحد منهما لصاحبه ، ويثبت الدار بينهما . ولو كان لاحدهما بينة بالشراء مطلقاً ، لم يحكم بها إذ لا فائدة فيها : ولو شهدت لأحدهما بالتقدم على صاحبه ، قُضِيَ بها . ولو كان لهما بينتان بالابتياع مطلقاً ، أو في تاريخ واحد ، فلا ترجيح . ولو شهدت بينة كل واحد منهما بالتقدم ، قيل : يُستعمل القرعة ، وقيل : سقطتا وبقي الملك على الشركة .

« الرابعة » : اذا ادعى الابتياع ، وزعم الشريك أنه ورث ، وأقاما بينة (١) ، قال الشيخ : يُقرع بينهما لتحقق التعارض . ولو ادعى الشريك الإيداع ، قُدِّمت بينة الشفيع ، لان الايداع لا ينافي الابتياع ولو شهدت بالابتياع مطلقا ، وشهدت الاخرى أن المودِع أودعه ما هو ملكه في تاريخ متأخر ، قال الشيخ : قُدِّمت بينة الايداع لانها انفردت بالملك . ويكاتب المودع ، فان صدّق قُضي ببينته وسقطت الشفعة . وإن انكر ، قضي ببينة الشفيع . ولو شهدت بينة الشفيع ، أن البائع باع ما هو ملكه ، وشهدت بينة الايداع مطلقاً ، قُضِي ببينة الشفيع ولم يُراسل المودع ، لأنه لا معنى للمراسلة هنا .

« الخامسة » : اذا تصادق البائع والمشتري ، أن الثمن غُصِبَ ، وانكر الشفيع ، فالقول قوله ولا يمين عليه ، إلا ان يدعي عليه العلم .

---

(١) المسالك ٤ / ٢٤١ : أي اذا ادعى احد الشريكين على شريكه ، الذي تأخر ملكه عن ملك المدعي ، انه انتقل اليه الملك بالابتياع ليثبت عليه الشفعة ، وادعى الشريك انه انتقل اليه بالارث ، فلا شفعة واقام كل منهما بينة بما ادعاه . . « بتصرف ».

كتاب احياء الموات

والنظر

في

اطراف

أربعة

الأوّل

في : الأرضين

وهي : إما عامرة ، وإما موات .

فالعامرة : مُلكٌ لمالكه ، لا يجوز التصرف فيه إلا باذنه . وكذا ما به صلاح العامر ، كالطريق والشرب والقناة . ويستوي في ذلك ، ما كان من بلاد الاسلام ، وما كان من بلاد الشرك ، غير أن ما كان من بلاد الاسلام لا يغنم ، وما في بلاد الشرك يُملك بالغلبة عليه :

وأما الموات : فهو الذي لا ينتفع به لعُطْلته ، إما لإنقطاع الماء عنه أو لإستيلاء الماء عليه ، أو لاستيجامه (١) ، أو غير ذلك من موانع الانتفاع ، فهو للإمام عليه السلام لا يملكه أحد وإن أحياه ، ما لم يأذن له الإمام .

وإذنه شرط ، فمتى أذن ، ملكه المُحيي له إذا كان مسلماً ، ولا يملكه الكافر : ولو قيل : يملكه مع إذن الامام عليه السلام ، كان حسناً .

والأرض المفتوحة عنوةً (٢) ، للمسلمين قاطبةً ، لا يملك أحدٌ رقبتها ، ولا يصح بيعها ولا رهنها .

---

(١) الروضة ٧ / ١٣٣ / هـ : من استأجم ، أي تحول الى أجم ، والأجم : الأرض ذات الشجر الكثير الملتف ، والارض ذات القصب الكثير ، والارض المسبعة بأن تكون مأوى السباع .

(٢) ن ٧ / ١٣٦ : بفتح العين ، أي قهراً وغلبة على أهلها ، كأرض الشام والعراق وغالب بلاد الاسلام .

ولو ماتت لم يصح إحياؤها ، لأن المالك لها معروف ، وهو المسلمون قاطبةً .

وما كان منها مواتاً في وقت الفتح ، فهو للإمام عليه السلام . وكذا كل أرض لم يجرِ عليها ملكٌ لمسلم .

وكل أرض جرى عليها ملك لمسلم ، فهي له أو لورثته بعده . وإن لم يكن لها مالك معروف معين ، فهي للإمام . ولا يجوز إحياؤها إلا باذنه . فلو بادرَ مبادر فأحياها من دون إذنه ، لم يملك . وان كان الإمام عليه السلام غائباً ، كان المحيي أحق بها ما دام قائماً بعمارتها . فلو تركها ، فبارت آثارها ، فأحياها غيره ، ملَكها .

ومع ظهور الامام عليه السلام ، يكون له رفع يده عنها .

وما هو بقرب العامر من الموات ، يصح إحياؤه اذا لم يكن مُرفقاً للعامر ، ولا حريماً له .

ويشترط في التملك بالاحياء شروط خمسة :

الاول : ألا يكون عليها يد لمسلم

فان ذلك يمنع من مباشرة الاحياء ، لغير المتصرف .

الثاني : أن لا يكون حريماً لعامر

كالطريق ، والشرب ، وحريم البئر ، والعين ، والحائط .

وحد الطريق : لمن ابتكر ما يحتاج اليه في الارض المباحة ، خمس أذرع ، وقيل : سبع اذرع ، فالثاني يتباعد هذا المقدار ،

---

(١) الروضة ٧ / ١٥٧ : لانه من مرافعة ، ومما يتوقف كمال انتفاعه عليه .

وحريم الشرب (١) : بمقدار مطرح ترابه (٢) ، والمجاز على حافتيه . ولو كان النهر في ملك الغير ، فادعى الحريم ، قُضِيَ به له مع يمينه ، لانه يدعي ما يشهد به الظاهر ، وفيه تردد .

وحريم للبئر المعطِن (٣) : أربعون ذراعاً (٤) . . وبئر الناضح (٥) : ستون . . وللعين : ألف ذراع في الأرض الرخوة ، وفي الصلبة خمسمائة ذراع ، وقيل : حد ذلك أن لا يضرّ الثاني بالأول ، والأول اشهر .

وحريم الحائط في المباح : مقـــدار مطرح ترابه ، نظراً الى إمساس الحاجة اليه لو استهدم ، وقيل للدار : مقدار مطرح ترابها ، ومصب مياهها ومسلك الدخول والخروج .

وكل ذلك إنما يثبت له حريم ، إذا ابتكر في الموات . أما ما يعمل في الاملاك المعمورة ، فلا (٦) .

---

(١) المسالك ٤ / ٢٤٥ : المراد بالشرب النهر والقناة ونحوهما ، مما يجري فيه الماء .

(٢) ن : اذا احتيج الى اخراجه منه . . .

(٣) الروضة ٧ / ١٦٤ : واحد المعاطن ، وهي مبارك الابل عند الماء لتشرب . . . والمراد البئر التي يستسقى منها لشرب الابل .

(٤) المسالك ٤ / ٢٤٥ : من كل جانب ، بمعنى عدم جواز احيائه ، بحفر بئر ولا غيره .

(٥) الروضة ٧ / ١٦٤ : وهو البعير الذي يستقى عليه للزرع وغيره كالشرب والغسل « جمعاً بين المتن والهامش » .

(٦) ن : حريم لاحدها على جاره ، لتعارضها ، فان كل واحد منها حريم بالنسبة الى جاره ولا أولوية ، ولان من الممكن شروعهم فى الاحياء دفعة ، فلم يكن لواحد على آخر حريم .

فرع

لو أحيا أرضاً ، وغرس في جانبها غرساً تبرز اغصانه الى المباح ،أو تسري عروقه اليه ، لم يكن لغيره إحياؤها . ولو حاول الإحياء ، كان للغارس منعه .

الشرط الثالث أن لا يسميه الشرع مشعراً للعبادة

كعَرَفة ومنى والمشعر ، فان الشرع دلّ على اختصاصها موطناً للعبادة فالتعرض لتملكها تفويت لتلك المصلحة . أما لو عمرّ فيها ما لا يضر ، ولا يؤدّي الى ضيقها ، عما يحتاج اليه المتعبدون كاليسير ، لم امنع منه .

الرابع : ألا يكون مما أقطعه إمام الاصل

ولو كان مواتاً خالياً من تحجير ، كما أقطع النبي - صلى الله عليه وآله - الدورَ (١) ، وأرضاً بحضرموت (٢) ، وحُضْر فرس الزبير (٣) ، فانه يفيد اختصاصاً مانعاً من المزاحمة ، فلا يصح دفع هذا الاختصاص بالاحياء.

الخامس : ألا يسبق اليه سابق بالتحجير

فان التحجير يفيد الأولويّة . لا ملكاً للرقبة . وإن ملك به التصرف

---

(١) المسالك ٤ / ٢٤٥ : لعبد الله بن مسعود ، وهي اسم موضع بالمدينة ، بين ظهراني عمارة الانصار ، ويقال المعنى انه اقطعه تلك البقعة ليتخذها دوراً .

(٢) ن ٤ / ٢٤٦ : لوابل بن حجر « بتصرف » .

(٣) الروضة ٧ / ١٥٩ : بن العوام . . . وهو مقدار عدو ما جرى ، فأجرى فرسه حتى قام ، أي عجز عن التقدم ، فرمى بسوطه طلباً للزيادة على الحضر ، فأعطاه من حيث وقع السوط . . .

حتى لو هجم عليه من يروم الإحياء ، كان له منعه . ولو قاهره فأحياها لم يملكه .

والتحجير : هو أن ينصب عليها المروز ، أو يحوطها بحائط . ولو اقتصر على التحجير وأهمل العمارة ، أجبره الامام على أحد الامرين ، إما الاحياء وإما التخلية ، بينها وبين غيره ، ولو امتنع أخرجها السلطان من يده ، لئلا يعطّلها .

ولو بادر اليها من أحياها لم يصح ، ما لم يرفع السلطان يده ، أو يأذن في الإحياء .

وللنبي صلى الله عليه وآله ، أن يحمي لنفسه ولغيره من المصالح (١) كالحمى لنعَم الصدقة . وكذا عندنا لإمام الأصل . وليس لغيرهما من المسلمين ، أن يحمي لنفسه . فلو أحياه محي لم يملكه ، ما دام الحمى مستمراً.

وما حماه النبي صلى الله عليه وآله ، أو الإمام عليه السلام ، لمصلحةٍ فزالت ، جاز نقضه ، وقيل : ما يحميه النبي صلى الله عليه وآله خاصة ، لا يجوز نقضه لأن حماه كالنص .

الطّرف الثّاني

في : كيفية الاحياء

والمرجع فيه الى العرف ، لعدم التنصيص شرعاً ولغةً

وقد عرف انه اذا قصد سكنى أرض ، فأحاط ولو بخشب أو قصب

---

(١) المسالك ٤ / ٢٤٦ : المراد بالحمى أن يحمي بقعة من الموات لمواش يعينها ، ويمنع ساير الناس من الرعي فيها .

أو سقف ، مما يمكن سكناه ، سُمّي إحياءً . وكذا لو قصد الحظيرة ، فاقتصر على الحائط من دون السقف . وليس تعليق الباب شرطاً .

ولو قصد الزراعة ، كفى في تمليكها التحجير بِمِرز (١) أو مسنّاة وسوق الماء اليها بساقية أو شابهها . ولا يشترط حراثتها ولا زراعتها ، لأن ذلك انتفاع كالسكنى .

ولو غرس ارضاً فنبت فيها الغرس ، وساق اليهـا الماء ، تحقّق الاحياء . وكذا لو كانت مستأجمة ، فعضد شجرها وأصلحها . وكذا لو قطع عنها المياه الغالبة ، وهيّأها للعمارة ، فان العادة قاضية بتسمية ذلك كله إحياء ، لانه اخرجها بذلك الى حد الانتفاع ، الذي هو ضد الموت . ومن فقهائنا الآن من يسمّي التحجير إحياء ، وهو بعيد .

الطّرف الثالث

في : المنافع المشتركة

وهي : الطرق ، والمساجد ، والوقوف المطلقة كالمدارس والمساكن .

أما الطرق :

ففائدتها الاستطراق . والناس فيها شرع ، فلا يجوز الانتفاع فيها بغيره ، إلا ما يفوت به منفعة الاستطراق ، كالجلوس غير المضر بالمارة . واذا قام بَطَلَ حقه . ولو عاد بعد أن سُبِقَ الى مقعده ، لم يكن له الدفع .

(١) الروضة ٧ / ١٦٦ : وهو جمع التراب حول ما يريد احيـاءه من الارض ، ليتميز عن غيره .

أما لو قام قبل استيفاء غرضه ، لحاجة ينوي معها العود ، قيل : كان أحق بمكانه .

ولو جلس للبيع أو الشراء ، فالوجه المنع ، إلا في المواضع المتّسعة كالرِحاب نظراً الى العادة . ولو كان كذلك ، فقام ورحله باقٍ ، فهو أحق به . ولو رفعه ناوياً للعود فعاد ، قيل : كان أحق به ، لئلا يتفرق معاملوه فيستضر ، وقيل : يبطل حقه ، إذ لا سبب للاختصاص ، وهو أولى . وليس للسلطان أن يقطع ذلك ، كما لا يجوز احياؤه ولا تحجيره .

وأما المسجد :

فمن سبق الى مكان منه ، فهو أحق به مـا دام جالساً . فلو قام مفارقاً ، بطل حقه ولو عاد . وإن قام ناوياً للعود ، فان كان رحله باقياً فيه فهو أحق به وإلا كان مع غيره سواء . وقيل : إن قام لتجديد طهارة ، أو إزالة نجاسة وما أشبهه ، لم يبطل حقه . ولو استَبَق اثنان فتوافيا ، فان أمكن الاجتماع جاز ، وإن تعاسرا أُقرِعَ بينهما .

أما المدارس والربط (١) :

فمن سكن بيتاً ممن له السكنى ، فهو أحق به وإن تطاولت المدة ، ما لم يشترط الواقف أمداً ، فيلزمه الخروج عند إنقضائه . ولو اشترط مع السكنى الاشتغال بالعلم فأهمل ، أُلزِمَ الخروج . فان استمر على الشرط لم يجز إزعاجه ، وله أن يمنع من يساكنه ، ما دام متصفاً بما به يستحق السكنى . ولو فارق لعذرٍ ، قيل : هو أولى عند العود وفيه تردد ، ولعل الاقرب سقوط الأولوية .

(١) المسالك ٤ / ٢٤٧ : محلات موقوفة على النزال والغرباء واشباههم « بتصرف » .

الطرف الرابع

في : المعادن الظاهرة

وهي التي لا تفتقر الى إظهار ، كالملح والنفط والقار ، لا تملك بالإحياء ولا يختص بها الحجر ، وفي جواز إقطاع السلطان المعادن والمياه ، تردد : وكذا في اختصاص المقطِع بها . ومن سبق اليها ، فله اخذ حاجته: ولو تسابق إثنان ، فالسابق أولى . ولو توافيا ، وأمكن أن يأخذ كل منهما بغيته فلا بحث ، وإلا اقرع بينهما مع التعاسر ، وقيل : يُقسّم وهو حسن . ومن فقهائنا من يخص المعادن بالإمام عليه السلام ، فهي عنده من الأنفال . وعلى هذا لا يملك ما ظهر منها وما بطن (١) . ولو صح تملكها بالإحياء ، لَزِمَ من قوله إشتراط إذن الامام . وكل ذلك لم يثبت . ولو كان الى جانب المملحة أرض موات ، اذا حفر فيها بئر ، وسيق اليها الماء صار ملحاً ، صح تملكها بالإحياء ، واختص بها المحجِر . ولو اقطعها الامام ، صحّ . والمعادن الباطنة ، هي التي لا تظهر إلا بالعمل ، كمعادن الذهب والفضة والنحاس ، فهي تملك بالإحياء . ويجوز للإمام اقطاعها قبل ان تملك : وحقيقة احيائها ان يبلغ نيلها . ولو حجرها ، وهو أن يهمل فيها عملاً لا يبلغ به نيلها ، كان أحق بها ولم يملكها : ولو اهمل أُجبر على اتمام العمل ، أو رفع يده عنها . ولو ذكر عذراً ، أنظَرَه السلطان بقدر زواله ، ثم ألزمه أحد الأمرين .

---

(١) وفي « هـ ٤ / ٢٨٨ » : ولا ما بطن .

فرع

لو أحيا أرضاً ، وظهر فيها معدن ، ملكه تبعاً لها ، لانه من أجزائها.

وأما الماء فمن حفر بئراً في ملكه ، أو مباحٍ لتملكه ، فقد اختص بها كالمحجر . فاذا بلغ الماء ، فقد ملك البئر والماء ، ولم يجز لغيره التخطّي اليه . ولو أخذه منه أعاده ويجوز بيعه كيلاً ووزناً ، ولا يجوز بيعه أجمع ، لتعذر تسليمه لاختلاطه بما يستخلف .

ولو حفرها لا للتملك بل للانتفاع ، فهو أحق بها مدة مقامه عليها ، وقيل : يجب عليه بذل الفاضل من مائها عن حاجته . وكذا قيل : في ماء العين والنهر . ولو قيل : لا يجب ، كان حسناً . واذا فارق فمن سبق اليها ، فهو أحق بالانتفاع بها .

وأما مياه العيون والآبار والغيوث، فالناس فيها سواء . ومن اغترف منها شيئاً بإناء ، أو حازه في حوضه أو مصنعه ، فقد ملكه .

وهنا مسائل :

« الاولى » : ما يفيضه النهر المملوك من الماء المباح ، قال الشيخ : لا يملكه الحافر ، كما اذا جرى السيل الى أرض مملوكةٍ ، بل الحافر أولى بمائه من غيره ، لأن يده عليه . فاذا كان فيه جماعة ، فان وَسِعَتهم أو تراضوا فيه فلا بحث . وإن تعاسروا قُسِّمَ بينهم على سعة الضياع (١). ولو قيل : يقسّم على قدر انصبائهم من النهر (٢) ، كان حسناً .

---

(١) ش ٤ / ٢٨٩ / هـ : الضيعة اسم الارض المعدة للزرع وشبهه « ع ل » .

(٢) الروضة ٧ / ١٨٦ : أي على نسبة عملهم « بتصرف » .

« الثانية » : اذا استجدّ جماعةٌ نهراً ، فبالحفر يصيرون أولى به ، فاذا وصلوا منتزَع الماء ملكوه ، وكان بينهم على قدر النفقة على عمله :

« الثالثة » : اذا لم يف النهر المباح ، أو سيل الوادي ، بسقي ما عليه دفعةً ، بُدِءَ بالاول وهو الذي يلي فوهته ، فأطلق اليه للزرع الى الشراك ، وللشجر الى القدم ، وللنخل الى الساق ، ثم يرسل الى ما دونه ولا يجب إرساله قبل ذلك ، ولو أدى الى تلف الاخير :

« الرابعة » : لو أحيا إنسان أرضاً ميتة على مثل هذا الوادي ، لم يشارك السابقين ، وقُسِّم له مما يفضل عن كفاءتهم ، وفيه تردد .

كتاب اللقطة

الملقوط

اما انسان

أو حيوان

أو غيرهما

القسم الأول

فالقسم الاول يسمى لقيطاً ، أو ملقوطاً ، أو منبوذاً(١)

وينحصر النظر فيه في ثلاثة مقاصد

الأوّل

في : اللقيط

وهو : كل صبي ضائع ، لا كافل له ؛

ولا ريب في تعلق الحكم ، بإلتقاط الطفل غير المميّز : وسقوطه في طرف البالغ العاقل ، وفي الطفل المميّز تردد ، أشبهه جواز التقاطه لصغره وعجزه عن دفع ضرورته :

ولو كان له أب أو جد أو أم ، أُجبِرَ الموجود منهم على أخذه : وكذا لو سبق اليه ملتقطٌ ، ثم نبذه فأخذه آخر ، أُلزِمَ الاول أخْذَه :

ولو التقط مملوكاً ذكراً أو انثى ، لزِمَه حفظه وإيصاله الى صاحبه. ولو أبق منه أو ضاع ، من غير تفريط ، لم يضمن . ولو كان بتفريط ضَمِن ، ولو اختلفا في التفريط ولا بينة ، فالقول قول الملتقط مع يمينه : ولو أنفق عليه ، باعه في النفقة ، اذا تعذّر استيفاؤها :

---

(١) وفي « ه ٤ / ٢٨٩ » : يسمى لقيطاً وملقوطاً ومنبوذاً .

الثاني

في الملتقط

ويراعى فيه : البلوغ ، والعقل ، والحرية :

فلا حكم لالتقاط : الصبي ولا المجنون ولا العبد ، لانه مشغول باستيلاء المولى على منافعه . ولو أذن له المولى صح ، كما لو أخذه المولى ودفعه اليه . وهل يراعى الإسلام ؟ قيل : نعم ، لانه لا سبيل للكافر على الملقوط ، المحكوم باسلامه ظاهراً ، أو لأنه لا يؤمن مخادعته عن الدين (١) .

ولو كان الملتقط فاسقاً ، قيل : ينتزعه الحاكم من يده ويدفعه الى عدل ، لان حضانته استئمان ، ولا أمانة للفاسق ، والأشبه أنه لا ينتزع .

ولو التقطه بدوي لا إستقرار له في موضع إلتقاطه ، أو حضري يريد السفر به ، قيل : ينتزع من يده ، لما لا يؤمن من ضياع لسبه ، فانه انما يطلب في موضع التقاطه . والوجه الجواز .

ولا ولاء للملتقط عليه ، بل هو سائبة يتولى من شاء (٢) ؛ واذا وجد الملتقط سلطاناً ينفق عليه إستعان به ، وان استعان بالمسلمين :

وبذل النفقة عليهم واجب على الكفاية ، لأنه دفع ضرورة مع التمكن

---

(١) المسالك ٤ / ٢٥١ : بأنه لم يؤمن ان يفتنه عن دينه ، ويعلمه الكفر . . .

(٢) ن : لقول الصادق « ع » : « المنبوذ إن شاء جعل ولاءه للذين ربوه ، وإن شاء لغيرهم ، ولانه حر الاصل لم يثبت عليه رق ، ولا على آبائه فلم يثبت عليه ولاء كمعروف النسب » .

وفيه تردد . فان تعذر الأمران ، أنفق عليه الملتقط ، ويُرجِع ما أنفق اذا أيسر ، إذا نوى الرجوع . ولو أنفق مع امكان الاستعانة بغيره ، أو تبرّعَ ، لم يرجع .

الثالث

في أحكامه

وهي مسائل

« الاولى » : قال الشيخ : أخذ اللقيط واجب على الكفاية ، لأنه تعاون على البر ، ولأنه دفع لضرورة المضطر ، والوجه الاستحباب .

« الثانية » : اللقيط يملك كالكبير ، ويده دالة على الملك كيد البالغ لان له أهلية التملك ، فاذا وجد عليه ثوب قُضِيَ به له . وكذا ما يوجد تحته أو فوقه . وكذا ما يكون مشدوداً في ثيابه . ولو كان على دابة أو جمل ، أو وجد في خيمة أو فسطاطٍ قُضِيَ له بذلك وبما في الخيمة والفسطاط . وكذا لو وجد في دار لا مالك لها ، وفيما يوجد بين يديه أو الى جانبيه تردد ، أشبهه انه لا يُقضى له . وكذا البحث ، لو كان على دكّةٍ وعليها متاع ، وعدم القضاء له هنا أوضح ، خصوصاً اذا كان هناك يد متصرّفة .

« الثالثة » : لا يجب الاشهاد عند أخذ اللقيط ، لانه أمانة فهو كالاستيداع .

« الرابعة » : اذا كان للمنبوذ مالٌ ، افتقر الملتقِط في الانفاق عليه

الى اذن الحاكم ، لانه لا ولاية له في ماله : فان بادر فأنفق عليه منه ، ضَمِنَ لأنه تصرف في مال الغير لا لضرورة : ولو تعذر الحاكم ، جاز الانفاق ولا ضمان ، لتحقق الضرورة .

« الخامسة » : الملقوط في دار الاسلام ، يحكم باسلامه ، ولو ملكها أهل الكفر ، اذا كان فيها مسلمٌ ، نظراً الى الاحتمال وإن بعد ، تغليباً لحكم الاسلام : وان لم يكن فيها مسلم ، فهو رِقٌ : وكذا إن وجد في دار الشرك ، ولا مستوطن هناك من المسلمين :

« السادسة » : عاقِلة اللقيط الامام (١) ، اذا لم يظهر له نسب ، ولم يتوال أحداً ، سواء جنى عمداً أو خطأ ، ما دام صغيراً . فاذا بلغ وجنى بعده ، ففي عمدِهِ القصاص ، وفي خطأه الدية على الامام ، وفي شبيه العمد الدية في ماله : ولو جُنِيَ عليه وهو صغير ، فان كانت على النفس فالدية إن كانت خطأً ، والقصاص إن كانت عمداً : وإن كانت على الطرف ، قال الشيخ : لا يقتص له ولا يأخذ الدية ، لانه لا يدري مراده عند بلوغه ، فهو كالصبي لا يقتصُّ له أبوه ولا الحاكم ، ويؤخر حقه الى بلوغه : ولو قيل : بجواز استيفاء الدية للمولى مع الهبطة ، إن كانت خطأ والقصاص ان كانت عمداً ، كان حسناً ، اذ لا معنى للتأخير مع وجود السبب : ولا يتولى ذلك الملتقِط ، إذ لا ولاية له في غير الحضانة .

« السابعة » : اذا بلغ فقذفه قاذفٌ ، وقال : أنت رق ، فقال : بل حر ، للشيخ فيه قولان أحدهما لا حدَّ عليه ، لأن الحكم بالحرية غير متيقَّن ، بل على الظاهر وهو محتمل ، فيتحقق الاشتباه الموجب لسقوط الحد ، والثاني عليه الحد ، تعويلاً على الحكم بحريته ظاهراً . والامور الشرعية منوطة بالظاهر ، فيثبت الحد كثبوت القصاص ، والاخير اشبه :

---

(١) المسالك ٤ / ٢٥٢ : لان ميراثه له ، فانه وارث من لا وارث له . . .

« الثامنة » : يُقبل إقرار اللقيط على نفسه بالرق ، اذا كان بالغاً رشيداً ، ولم تعرف حريته ، ولا كان مدّعياً لها (١) .

« التاسعة » : اذا إدعى أجنبي بنوّته ، قُبِل اذا كان المدعي أباً ، وإن لم يقم بينة ، لانه مجهول النسب فكان أحق به ، حراً كان المدعي أو عبداً ، مسلماً كان أو كافراً . وكذا لو كان أُمّاً . ولو قيل : لا يثبت نسبه إلا مع التصديق ، كان حسناً . ولا يُحكَم برقّه ولا بكفره اذا وجد في دار الاسلام (٢) . وقيل : يُحكَم بكفره إن أقام الكافرُ بينة ببنوته ، وإلا حكم باسلامه لمكان الدار ، وإن لحق نسبه بالكافر ، والأول أولى (٣) .

ويلحق

بذلك أحكام النزاع

ومسائله خمس :

« الأولى » : لو اختلفا في الانفاق ، فالقول قول الملتقط مع يمينه في قدر المعروف . فان ادعى زيادةً ، فالقول قول الملقوط في الزيادة . ولو أنكر أصل الانفاق ، فالقول قول الملتقط . ولو كان له مال ، فأنكر اللقيط إنفاقه عليه ، فالقول قول الملتقط مع يمينه ، لانه أمينه .

« الثانية » : لو تشاحّ ملتقطان ، مع تساويهما في الشرائط ، أُقرِعَ

---

(١) التوضيح ٤ / ٣٠٨ : لانه اقرار العاقل ، بل وان سبقت منه دعوى الحرية وقد سبق فى البيع .

(٢) ن : أو ما فيها مسلم يحتمل تولده منه .

(٣) ن : لانه بعد الحكم باسلامه لا محل للحكم بكفره .

بينهما ، إذ لا رجحان ، وربما إنقدح الاشتراك . ولو نزل أحدهما للآخر صح ، ولم يفتقر النزول الى إذن الحاكم ، لأن ملك الحضانة لا يعدوهما .

« الثالثة » : اذا التقطه اثنان ، فكل واحد منهما لو انفرد ، أُقِرَّ في يده . وإن تشاحّا فيه أُقرِعَ بينهما ، سواء كانا موسرين أو أحدهما ، حاضرين أو أحدهما . وكذا إن كان احد الملتقطين كافراً ، اذا كان الملقوط كافراً . ولو وصف أحدهما فيه علامة ، لم يحكم له (١) .

« الرابعة » : اذا ادعى بنوّته اثنان ، فان كان لاحدهما بينة ، حكم بها . وإن اقام كل واحد منهما بينة ، أُقرِع بينهما . وكذا لو لم يكن لاحدهما بينة . ولو كان الملتقط أحدهما ، فلا ترجيح باليد ، إذ لا حكم لها في النسب ، بخلاف المال لأن لليد فيه اثراً .

« الخامسة » : اذا اختلف كافر ومسلم ، أو حر وعبد ، في دعوى بنوته قال الشيخ : يرجّح المسلم على الكافر ، والحر على العبد ، وفيه تردد .

القسم الثاني

في : الملتقط من الحيوان

والنظر في : المأخوذ ، والآخذ ، والحكم

أما الاول

فهو كل حيوان مملوك ضائع أُخذ ولا يد عليه ، ويسمى ضالة .

---

(١) التوضيح ٤ / ٣٠٩ : لان وصفه لما فيه من علامة ، لا يدل على اختصاصه بالتقاطه.

وأخذه في صورة الجواز مكـروه ، إلا بحيث يتحقق التلف فانه طاق . والإشهاد مستحب لما لا يؤمن تجدده على الملتقط ، ولنفي التهمة ،

فالبعير لا يؤخذ ، اذا وجد في كلأ وماء ، أو كان صحيحاً ، لقوله صلى الله عليه وآله : « خفه حذاؤه ، وكرشه سقاؤه ، فلا تُهِجْه » . فلو أخذه ضمنه ، ولا يبرأ لو أرسله ، ويبرأ لو سلّمه الى صاحبه . ولو فقده سلّمه الى الحاكم ، لانه منصوب للمصـالح . فان كان له حِمَى أرسله فيه ، والا باعه وحفظ ثمنه لصاحبه . وكذا حكم الدابة . وفي البقرة والحمار تردد ، أظهره المساواة ، لأن ذلك فُهِمَ من فحوى المنـع من أخذ البعير (١) . أما لو ترك البعير من جهد (٢) ، في غير كلأ وماء ، جاز أخذه ، لأنه كالتالف ويملكه الآخذ ، ولا ضمان لأنه كالمباح . وكذا حكم الدابة والبقرة والحمار ، اذا ترك من جهد في غير كلأ وماء .

والشاة إن وجدت في الفلاة ، أخذها الواجد ، لأنها لا تمتنع من صغير السباع ، فهي معرّضة للتلف ، والآخذ بالخيار إن شاء ملكها ويضمن على تردد ، وإن شاء احتبسها أمانةً في يده لصاحبها ولا ضمان ، وان شاء دفعها الى الحاكم ليحفظها أو يبيعها ويوصل ثمنها الى المالك .

وفي حكمها : كل ما لا يمتنع من صغير السبـاع ، كأطفال الابل والبقر والخيل والحمير ، على تردد .

ولا تؤخذ الغزلان واليحاميم اذا مُلِكَا ثم ضلاّ ، إلتفاتاً الى عصمة مال المسلم ، ولأنهما يمتنعان عن السباع بسرعة العدو .

ولو وجد الضوال في العمران (٣) ، لم يحل أخذها ، ممتنعةً كانت

---

(١) التوضيح ٤ / ٣٠٩ : فانها يمنعان أنفسها ، وسلامتها مضمونة .

(٢) الروضة ٧ / ٨٤ : أي ترك الحيوان لاجل تعبه ، وعطبـه لمرض أو كسر . « جمعاً بين المتن والهامش بتصرف » .

(٣) ن ٧ / ٨٩ : وهي التي لا يخاف عليها فيها من السباع ، وهي ما قرب من المساكن .

كالإبل ، أو لم تكن كالصغير من الابل والبقر . ولو أخذها ، كان بالخيار بين إمساكها لصاحبها امانةً ، وعليه نفقتها من غير رجوع بها ، وبين دفعها الى الحاكم ، ولو لم يجد حاكماً ، أنفق ورجع بالنفقة . وإن كان شاةً حبسها ثلاثة أيام ، فان لم يأت صاحبها ، باعها الواجد وتصدّق بثمنها .

ويجوز إلتقاط كلب الصيد ، ويلزم تعريفه سنة ، ثم ينتفع به اذا شاء ، ويضمن قيمته .

الثاني : في الواجد

ويصح أخذ الضالة لكل عاقل بالغ أما الصبي والمجنون ، فقطع الشيخ فيهما بالجواز ، لانه إكتساب .

وينتزع ذلك الولي ، ويتولى التعريف عنهما سنة ، فان لم يأت مالك فان كان الغبطة في تمليكه وتضمينه إيّاها فعَل ، وإلا أبقاها أمانةً .

وفي العبد تردد أشبهه الجواز ، لان له أهلية الحفظ ، وهل يشترط الإسلام ؟ الاشبه لا ، وأولى منه بعدم الإشتراط العدالة .

الثالث : في الأحكام

وهي مسائل :

« الاولى » : إذا لم يجد الآخذ سلطاناً ينفق على الضالة ، أنفق من نفسه ورجع به . وقيل : لا يرجع ، لأن عليه الحفظ ، وهو لا يتم إلا بالإنفاق . والوجه الرجوع دفعاً لتوجه الضرر بالإلتقاط .

« الثانية » : اذا كان للُّقطة نفع ، كالظَهر واللبن والخدمة ، قال في النهاية : كان ذلك بازاء ما أنفق ، وقيل : ينظر في النفقة ، وقيمة المنفعة ، ويتقاصّان وهو أشبه .

« الثالثة » : لا تضمن الضالة بعد الحول ، إلا مع قصد التملك . ولو قصد حفظها لم يضمن ، الا مع التفريط أو التعدي : ولو قصد التملك ثم نوى الاحتفاظ . لم يزل الضمان . ولو قصد الحفظ ، ثم نوى التملك ، لزم الضمان .

« الرابعة » : قال الشيخ : اذا وُجِد مملوكاً بالغاً أو مراهقاً لم يؤخذ ، وكان كالضالة الممتنعة . ولو كان صغيراً ، جاز أخذه وهذا حسن لانه مال معرَّض للتلف .

« الخامسة » : من وجد عبده في غير مصره ، فأحضر من شهد على شهوده بصفته ، لم يُدفَع اليه ، لاحتمال التساوي في الأوصاف ، ويكلَّف إحضار الشهود ليشهدوا بالعين . ولو تعذَّرَ إحضارهم ، لم يجب حمل العبد الى بلدهم ، ولا بيعه على من يحمله ولو رأى الحاكم ذلك صلاحاً ، جاز : ولو تلف قبل الوصول أو بعده ، ولم يثبت دعواه ، ضمن المدَّعي قيمة العبد واجرته .

القسم الثالث

في : اللقطة

وهو يعتمد على بيان امور ثلاثة

الامر الاول : * في لقطة المال *

اللقطة : كلُّ مال ضائع ، أُخِذَ ولا يد عليه . فما كان دون الدرهم

جاز أخذه والانتفاع به ، بغير تعريف ، وما كان أزيد من ذلك ، فان وُجِد في الحَرَم ، قيل : يحرم أخذه ، وقيل : يكره وهو أشبه ، ولا يحل الا مع نية الإنشاد .

ويجب تعريفها حولاً ، فان جاء صاحبها ، وإلا تصدّق بهـا أو استبقاها أمانةً ، وليس له تملكها ولو تصدّق بها بعد الحول ، فكَرِهَ المالك ، فيه قولان : أرجحهـما أنه لا يضمن ، لانها أمانة وقد دفعها دفعاً مشروعاً .

وإن وجدها في غير الحَرَم ، عرّفها حولاً إن كانت مما يبقى ، كالثياب والأمتعة والأثمان . ثم هو مخيَّر : بين تملكها وعليه ضمانها . . وبين الصدقة بها عن مالكها - ولو حضر المالك فكره الصدقة لزم الملتقط ضمانها إما مثلاً وإما قيمةً - . . وبين إبقائها في يد الملتقط أمانةً لمالكها من غير ضمان .

ولو كانت مما لا يبقى كالطعام ، قوّمه على نفسه وانتفع به ، وإن شاء دفعه الى الحاكم ولا ضمان .

ولو كان بقاؤها يفتقر الى العلاج ، كالرَطِب المفتقر الى التجفيف يرفع خبرها الى الحاكم ، ليبيع بعضها وينفقه في إصلاح الباقي . وإن رأى الحاكم ، الحظ في بيعه وتعريف ثمنه ، جاز .

وفي جواز التقاط ، النعلين والإداوة (١) والسوط ، خلافٌ أظهره الجواز مع كراهية . وكذا العصا والشِظـاظ (٢) والحبل والوَتِد

---

(١) الروضة ٧ / ١٠٣ : وهي اناء يتطهر به « كما في الهامش » .

(٢) ن ٧ / ١٠٥ : خشبة محددة الطرف ، تدخل في عروة الجوالقين ، لتجمع بينهما عند حملها على البعير . والجوالقين مثنى مفرده جوالق . . . وهـو العدل المعمول من الصوف أو الشعر أو القطن ، وهو فارسي معرب أصله جولخ « جمعاً بين المتن والهامش » .

والعِقال (١) ، وأشباهه من الآلات ، التي يعظم نفعها وتصغر قيمتها : ويكره أخذ اللقطة مطلقاً ، خصوصاً للفاسق ، ويتأكد فيه مع العسر : ويستحب الإشهاد عليها .

مسائل خمس :

« الاولى » : ما يوجد في المفاوز ، أو في خَرِبةٍ قد هلك أهلها فهو لواجده ينتفع به بلا تعريف . وكذا ما يجده مدفوناً في أرض لا مالك لها . ولو كان لها مالك أو بائع ، عرّفه . فان عرفه فهو أحق به ، وإلا فهو لواجده . وكذا لو وجده في جوف دابة ، ولم يعرّفه البائع : أما لو وجده في جوف سمكة فهو لواجده (٢) .

« الثانية » : من أودعه لصٌ مالاً ، وهو يعلم أنه ليس للمودع ، لم يرده عليه ، مسلماً كان أو كافراً . فان عرف مالكه دفعه اليه ، والا كان حكمه حكم اللقطة .

« الثالثة » : من وُجِدَ في داره أو في صندوقه مالاً ولا يعرفه ، فان كان يدخل الدار غيره ، أو يتصرف في الصندوق سواه فهو لقطة ، وإلا فهو له .

« الرابعة » : لا تملك اللقطة قبل الحول ، ولو نوى ذلك : ولا بعد الحول ، ما لم يقصد التمليك ، وقبل يملكها بعد التعريف حولاً ، وإن لم يقصد ، وهو بعيد .

---

(١) الروضة ٧ / ١٠٥ : وهو حبل يشد به قائمة البعير .

(٢) الروضة ٧ / ١٢٣ : لانها انما ملكت بالحيازة ، والمحيز انما قصد تملكها خاصة لعدم علمه بما في بطنها ، فلم يتوجه قصده اليه ، بناء على أن المباحات انما تملك بالنية والحيازة معاً . . .

« الخامسة » : قال الشيخ رحمه الله : اللقطة تضمن بمطالبة المالك لاهليّة التملك ، وهو بعيد لان المطالبة تترتب على الاستحقاق .

الامر الثاني : في الملتقط

وهو من له أهلية الاكتساب ، أو الاحتفاظ . فلو التقط الصبي جاز ويتولى الولي التعريف عنه . وكذا المجنون . وكذا يصح الالتقاط من الكافر لان له أهلية الاكتساب : وفي أخذ لقطة الحرم لهؤلاء تردد ، ينشأ من كونهم ليسوا أهلاً للاستئمان . وللعبد أخذ كل واحدة من اللقطتين (١) ، وفي رواية أبي خديجة عن أبي عبد الله عليه السلام : « لا يعرض لهـا المملوك » : واختار الشيخ الجواز ، وهو أشبه ، لان له أهلية الاستيمان والاكتساب : وكذا المدبّر وأم الولد ، والجواز أظهر في طرف المكاتب لأن له أهلية التملك .

الامر الثالث : في الاحكام

وهي مسائل :

« الاولى » : ليس التوالي شرطاً في التعريف ، فلو فرّق جاز : وايقاعه عند اجتماع الناس وبروزهم ، كالغدَوات والعشيّات . وكيفيته أن يقول : من ضاع له ذهب ، أو فضة أو ثوب ، أو ما شاكل ذلك من الالفاظ . ولو أُوغل في الابهام كان أحوط ، كأن يقول : من ضـاع له مال أو شيء ، فانه أبعد أن يدخل عليه بالتخمين . وزمانه أيام المواسم والمجتمعات كالأعياد وأيام الجمع . ومواضعه مواطن الاجـتماع ، كالمشاهد وأبواب

---

(١) المسالك ٤ / ٢٥٩ : المراد باللقطتين : لقطة الحرم ولقطة الحل .

المساجد والجوامع والاسواق . ويكره داخل المساجد . ويجوز أن يعرّف بنفسه وبمن يستنيبه أو يستأجره .

« الثانية » اذا دفع اللقطة الى الحاكم فباعها ، فان وجد مالكها ، دفعها اليه (١)،وإلا ردها على الملتقط ، لان له ولاية الصدقة أو التملك .

« الثالثة » : قيل : لا يجب التعريف ، الا مع نية التملك ، وفيه إشكال ينشأ من خفاء حالها عن المالك ولا يجوز تملكها الا بعد التعريف ولو بقيت في يده أحوالاً . وهي أمانة في يد الملتقط في مدة الحول ، لا يضمنها الا بالتفريط أو التعدي ، فتلفها من المالك وزيادتها له ، متصلة (٢) كانت الزيادة أو منفصلة . وبعد التعريف يضمن إن نوى التملك ، ولا يضمن إن نوى الأمانة . ولو نوى التملك ، فجاء المالك لم يكن له الانتزاع ، وطالب بالمثل أو القيمة إن لم تكن مثلية . ولو رد الملتقط العين جاز ، وله النماء المنفصل . ولو عابت بعد التملك ، فأراد ردها مع الارش جاز ، وفيه إشكال ، لان الحق (٣) تعلّق بغير العين ، فلم يلزمه أخذها معيبة .

« الرابعة » : اذا التقط العبد ولم يعلم المولى ، فعرّف حولاً ثم أتلفها ، تعلق الضمان برقبته ، يُتبع بذلك اذا اعتق ، كالقرض الفاسد . ولو علم المولى قبل التعريف ، ولم ينتزعها منه ، ضمن لتفريطه بالاهمال اذا لم يكن أميناً ، وفيه تردد . ولو عرّفها العبد ، ملكها المولى إن شاء وضمن . ولو نزعها المولى ، لزمه التعريف ، وله التملك بعد الحول أو الصدقة مع الضمان ، أو إبقائها أمانةً .

« الخامسة » : لا تدفع اللقطة إلا بالبينة ، ولا يكفي الوصف .

---

(١) وفى « هـ ٤ / ٢٩٤ » : « دفع الثمن إليه » بدلا من « دفعها اليه » .

(٢) ش ٤ / ٢٩٤ / هـ : الزيادة المتصلة كنمو الشجر .

(٣) ن : أي حق المالك .

ولو وصف صفات لا يطّلع عليها إلا المالك غالباً ، مثل أن يصف وكاءَها وعِقاصها (١) ووزنها ونقدها . فان تبرّع الملتقط بالتسليم لم يمنع ، وان امتنع لم يجبر .

فرعان

« الاول » : لو ردها بالوصف ، ثم أقام آخر البينة بها انتزعها . فان كانت تالفةً ، كان له مطالبة الاخذ بالعوض لفساد القبض ، وله مطالبة الملتقط لمكان الحيلولة . لكن لو طولب الملتقط ، رجع على الآخذ ، ما لم يكن اعترف له بالملك . ولو طالب الآخذَ ، لم يرجع على الملتقط .

« الثاني » : لو أقام واحدٌ بينة بها ، فدُفِعَت اليه ، ثم أقام آخر بينة بها أيضاً ، فان لم يكن ترجيحٌ أُقرِعَ بينهما . فان خرجت للثاني ، انتزعت من الاول وسلمت اليه . ولو تلفت ، لم يضمن الملتقط إن كان دفعها بحكم الحاكم ؛ ولو كان دفعها باجتهاده ، ضمِن ؛ أما لو قامت البينة بعد الحول ، وتملّك الملتقط ودفع العوض الى الاول ، ضمن الملتقط للثاني على كل حال ، لان الحق ثابت في ذمته ، لم يتعين بالدفع الى الاول ، ورجع الملتقط على الاول لتحقق بطلان الحكم .

---

(١) المسالك ٤ / ٢٦٠ : الوكاء هو الخيط الذي يربط به ، وعقاصها وهو وعاؤها .

فهرست

بمواد الكتاب

القسم الثالث

كتاب الطلاق

كتاب الخلع والمباراة

كتاب الظهار

كتاب الايلاء

كتاب اللعان

كتاب العتق

كتاب التدبير

كتاب المكاتبة

كتاب الاستيلاد

كتاب الاقرار

كتاب الجعالة

كتاب الايمان

كتاب النذر

القسم الرابع

كتاب الصيد

كتاب الذباحة

كتاب الاطعمة والاشربة

كتاب الغصب

كتاب الشفعة

كتاب احياء الموات

كتاب اللقطة